

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

LA RESPUESTA PENAL FRENTE AL GÉNERO. UNA
REVISIÓN CRÍTICA DE LA VIOLENCIA HABITUAL Y DE
GÉNERO.

TESIS DOCTORAL

Elaborada por:
MARÍA CONCEPCIÓN GORJÓN BARRANCO

Dirigida por los Profesores Doctores:
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Salamanca, 2010

A mis padres por su apoyo constante

| | |
|---|----|
| LISTA DE ABREVIATURAS..... | 11 |
| INTRODUCCIÓN..... | 13 |
| PRIMERA PARTE:..... | 21 |
| CRIMINOLOGÍA Y GÉNERO | 21 |
| CAPÍTULO I..... | 23 |
| ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS Y CRIMINOLÓGICOS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO | 23 |
| I. ESTADÍSTICAS DE LOS HECHOS QUE GENERARON LA ALARMA SOCIAL | 23 |
| 1. INFLUENCIA DE LOS MOVIMIENTOS DE POBLACIÓN..... | 28 |
| II. VIOLENCIA..... | 31 |
| 1. TIPOS DE VIOLENCIA | 31 |
| 1.1. Definición de violencia..... | 31 |
| 1.2. Violencia y familia: violencia familiar e intrafamiliar. Violencia doméstica..... | 32 |
| 1.3. Violencia y mujeres | 37 |
| 1.4. Violencia de Género | 38 |
| 1.4.1. Una aclaración | 41 |
| III. CAUSAS | 43 |
| 1. CAUSAS DE TIPO CULTURAL..... | 44 |
| 1.1. Socialización por separado de uno y otro sexo..... | 44 |
| 1.1.1. Algunos ejemplos de tolerancia social | 47 |
| 1.2. La sociedad del Patriarcado. Los modelos tradicionales de familia y cambios acontecidos en los últimos años | 50 |
| 1.2.1. La sociedad Patriarcal..... | 50 |
| 1.2.2. Modelos tradicionales de familia..... | 53 |
| 1.2.3. Cambios..... | 55 |
| 1.3. La religión | 59 |
| 1.4. Otros factores de riesgo. El alcohol y los celos..... | 66 |
| 2. CAUSAS DE TIPO ECONÓMICO | 70 |
| 2.1. Restricciones en el acceso a la educación | 70 |
| 2.2. Restricciones en el acceso al dinero, dependencia económica..... | 73 |
| 3. CAUSAS DE TIPO LEGAL | 75 |
| 3.1. Ámbito penal | 75 |
| 3.1.1. Código penal: especial consideración del adulterio | 80 |
| 3.2. El código Civil y la Ley del Divorcio..... | 82 |
| 3.3. Impunidad histórica ante el maltrato. Cambio de paradigma en la CE 1978..... | 85 |
| 4. CAUSAS DE ÍNDOLE POLÍTICO | 87 |
| 4.1. Adquisición tardía de los Derechos civiles y políticos de las mujeres..... | 87 |
| 4.2. La mujer ciudadana hoy | 89 |
| 4.3. Las cotas de poder de las mujeres en la Sociedad actual..... | 92 |
| IV. PERFIL DE LOS SUJETOS IMPLICADOS..... | 93 |
| 1. SUJETO ACTIVO: “EL AGRESOR DOMÉSTICO” | 94 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 2. | SUJETO PASIVO: “LA MUJER MALTRATADA” | 103 |
| 2.1. | Consecuencias que provoca esta violencia en las mujeres | 112 |
| 2.1.1. | Especial consideración al síndrome de la mujer maltratada | 112 |
| 2.1.2. | El ciclo del maltrato | 114 |
| 2.1.3. | Otras consecuencias importantes | 116 |
| V. | ASPECTOS SOCIO-CULTURALES A TENER EN CUENTA, ¿HAY UNA MUJER PROTOTIPO? | 118 |
| 1. | ALGUNOS CASOS LÍMITE | 119 |
| 1.1. | La mujer rural en España | 119 |
| 1.2. | La mujer indígena y el caso de Ciudad Juárez en México | 121 |
| 1.3. | La mujer islámica en Francia | 123 |
| VI. | TENDENCIAS CRIMINOLÓGICAS DESDE EL FEMINISMO | 127 |
| | Reflexión final | 131 |
| | SEGUNDA PARTE: | 135 |
| | DERECHO PENAL Y GÉNERO. | 135 |
| | CAPÍTULO II | 137 |
| | EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO | 137 |
| I. | ANTECEDENTES LEGISLATIVOS | 137 |
| 1. | A NIVEL INTERNACIONAL | 137 |
| 1.1 | Las Naciones Unidas | 137 |
| 1.2. | Otros organismos internacionales | 142 |
| 2. | ANTECEDENTES EN ESPAÑA: LOS PLANES DE GOBIERNO | 145 |
| II. | REGULACIÓN POSITIVA EN ESPAÑA AL HILO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES | 146 |
| 1. | CÓDIGO PENAL DE 1944 Y TEXTO REFUNDIDO DE 1973 | 146 |
| 2. | LA REFORMA DEL CÓDIGO, OPERADA POR LO 3/89 DE 21 DE JUNIO | 148 |
| 3. | HACIA UN NUEVO CÓDIGO PENAL | 152 |
| 3.1. | Aportaciones del nuevo Código Penal | 154 |
| 4. | LAS REFORMAS DE 1999 | 159 |
| 4.1. | Motivos para la reforma | 159 |
| 4.2. | Las leyes orgánicas que materializan la reforma | 162 |
| 4.2.1. | LO 11/1999 de 30 de abril de modificación del título VIII libro II del código penal | 162 |
| 4.2.2. | LO 14/1999 de 9 de junio de modificación del CP de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr | 164 |
| 5. | LAS REFORMAS DE 2003 | 170 |
| 5.1. | Los informes de Amnistía Internacional | 170 |
| 5.2. | Las leyes orgánicas que materializan la reforma en 2003 | 173 |
| 5.2.1. | LO 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica | 174 |

| | |
|--|-----|
| 5.2.2. LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros | 181 |
| 5.2.3. L.O 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal | 192 |
| 6. LA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA A PARTIR DE 2004: LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, DE 28 DE DICIEMBRE DE 2004 | 199 |
| 6.1. Las consecuencias del término “género” en una regulación “integral” | 200 |
| 6.1.1. La restricción que hace la ley del uso del concepto de “género” | 200 |
| 6.1.2. El uso del concepto “integral” en esta ley | 204 |
| 6.2. Las posturas que la Ley suscita en las Asociaciones de Mujeres | 210 |
| 6.3. La permanencia del delito de violencia doméstica y la aparición de los delitos de género | 212 |
| III. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN | 220 |
| Reflexión final | 222 |
| CAPÍTULO III | 227 |
| EL DELITO DE VIOLENCIA FÍSICA Y PSÍQUICA HABITUAL EN EL “ÁMBITO DOMÉSTICO O CUASI-DOMÉSTICO” (ART.173.2 CP) | 227 |
| I. EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA ... | 227 |
| 1. FUNDAMENTO | 227 |
| 2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL | 233 |
| 2.1. TIPO OBJETIVO | 233 |
| 2.1.1. Conducta típica | 233 |
| 2.1.1.1. Activa | 233 |
| A) Ejercer violencia física (habitualmente) | 235 |
| B) Ejercer violencia psíquica (habitualmente) | 236 |
| C) Relaciones entre violencia física y psíquica | 238 |
| D) De mera actividad | 240 |
| E) De resultado | 243 |
| F) Toma de postura | 246 |
| 2.1.1.2. Comisión por omisión | 246 |
| A) La importancia del resultado | 247 |
| B) Aceptación del resultado pero no la comisión por omisión. | 253 |
| C) No aceptación del resultado en el 173.2 pero sí su comisión por omisión. | 254 |
| D) Toma de postura | 255 |
| 2.1.2. Habitualidad | 257 |
| 2.1.2.1. Comprensión penal del concepto | 257 |
| 2.1.2.2. Evolución: Aplicación a la violencia doméstica | 258 |
| 2.1.2.3. La habitualidad ¿Concepto fáctico o normativo? | 274 |
| 2.1.2.4. ¿La habitualidad como concepto objetivo, subjetivo o mixto? | 276 |
| 2.1.2.5. Toma de postura | 280 |
| 2.1.2.6. Distinción habitualidad y reincidencia | 280 |
| 2.1.3. Sujetos | 282 |
| 2.1.3.1. Convivencia | 284 |

| | |
|---|-----|
| 2.1.3.2. ¿Vínculo material o formal? | 287 |
| 2.1.3.3. Delito especial | 289 |
| 2.1.4. Bien jurídico | 293 |
| 2.1.4.1. Validez de la Teoría del bien jurídico en nuestros días y principio de lesividad..... | 293 |
| 2.1.4.2. Aproximación al estudio concreto del bien jurídicamente protegido en el art. 173.2 CP | 298 |
| A) Como falta del art. 583 CP (1973). | 298 |
| B) Como delito de lesiones (de 1989 a 2003) | 299 |
| C) Como delito contra la integridad moral (2003- ...). | 309 |
| 2.1.4.3. Justificación de la integridad moral como bien jurídico autónomo; ¿objeto de protección propio de la violencia habitual? | 316 |
| A) Integridad moral y dignidad | 318 |
| B) Las relaciones entre la integridad moral y el honor..... | 320 |
| C) Interés diferenciado de la salud o integridad psíquica..... | 321 |
| D) El tipo atendiendo al bien jurídico: ¿un delito de peligro o de lesión? .. | 325 |
| E) Toma de postura..... | 328 |
| 2.2. Supuestos agravados..... | 329 |
| 2.2.1. Cuando los actos se perpetren en presencia de menores | 330 |
| 2.2.2. Cuando los actos se lleven a cabo usando armas..... | 331 |
| 2.2.3. Cuando los actos se perpetren en el domicilio común o en el domicilio de la víctima..... | 332 |
| 2.2.4. Cuando se realicen quebrantando una de las penas contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad o de prohibición de la misma naturaleza..... | 336 |
| 2.3. Tipo subjetivo | 337 |
| 2.3.1. ¿Hay un especial elemento subjetivo requerido por el tipo? | 337 |
| 2.4. Consecuencias jurídicas derivadas de las violencias domésticas | 340 |
| 2.4.1. Penas principales | 340 |
| 2.4.1.1. Pena de prisión de seis meses a tres años | 341 |
| 2.4.1.2. Penas privativas de otros derechos | 342 |
| 2.4.1.3. Cláusula concursal..... | 343 |
| 2.4.2. El alejamiento como medida novedosa: su regulación..... | 343 |
| 2.4.2.1. Como pena principal..... | 345 |
| 2.4.2.2. Como pena accesoria | 346 |
| 2.4.2.3. Como medida cautelar | 348 |
| 2.4.2.4. Como condición para suspender o sustituir la ejecución de la prisión..... | 349 |
| 2.4.2.5. Como regla de conducta impuesta facultativamente para obtener la libertad condicional | 350 |
| 2.4.2.6. Como medida de seguridad | 350 |
| 2.4.3. Técnicas de control telemático | 352 |
| 2.4.4. Otras medidas adoptadas en materia de violencia doméstica..... | 356 |
| Reflexión final..... | 359 |

| | |
|---|-----|
| CAPÍTULO IV | 365 |
| LOS DELTIOS DE LAS “AGRAVANTES DE GÉNERO” (ARTS. 153, 171. 4 Y 5, 172.2 Y 468.2 CP) Y LA FALTA DE AMENAZAS Y COACCIONES LEVES DEL ART. 620.2 CP | 365 |
| I. CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS DE GÉNERO | 365 |
| 1. LA AGRAVANTE ESPECÍFICA DE GÉNERO | 365 |
| 1.1. Durante la tramitación parlamentaria | 365 |
| 1.2. En la doctrina penal. | 370 |
| 1.2.1. Otras opciones distintas | 373 |
| 2. LOS SUJETOS | 377 |
| 2.1. En la Jurisprudencia del TC..... | 385 |
| 2.2. Las parejas homosexuales | 387 |
| 3. LOS SUBTIPOS AGRAVADOS Y ATENUADOS | 391 |
| 4. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO REQUERIDO POR EL TIPO | 393 |
| 5. LA OBLIGATORIEDAD DE LA PENA DE ALEJAMIENTO COMO PENA ACCESORIA | 404 |
| 6. LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN LOS DELITOS DE GÉNERO, ARTS. 83 Y 88 CP | 406 |
| 6.1. Suspensión | 408 |
| 6.2. Sustitución | 410 |
| II. LAS LESIONES AGRAVADAS DEL ART. 148.4 Y 5 CP | 413 |
| 1. FUNDAMENTO | 413 |
| 2. ANÁLISIS | 414 |
| 2.1. Tipo objetivo | 414 |
| A) Conducta..... | 414 |
| B) Sujetos | 415 |
| C) Bien jurídico | 417 |
| 2.2. Consecuencias jurídicas..... | 418 |
| III. LOS MALOS TRATOS NO HABITUALES DEL ART. 153 CP | 418 |
| 1. FUNDAMENTO | 418 |
| 2. ANÁLISIS | 422 |
| 2.1. TIPO OBJETIVO | 422 |
| A) Conducta..... | 422 |
| B) Sujetos | 424 |
| C) Bien jurídico | 426 |
| 2.2. Consecuencias jurídicas..... | 429 |
| 2.3. Constitucionalidad | 431 |
| 2.3.1. Jurisprudencia constitucional en materia de maltrato ocasional anterior a 2004..... | 431 |
| 2.3.2. Jurisprudencia constitucional en los delitos de las agravantes de género..... | 434 |
| 2.3.3. Toma de postura | 444 |
| IV. LAS AMENAZAS LEVES DEL ART. 171. 4 CP | 447 |
| 1. FUNDAMENTO | 447 |
| 2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL | 450 |
| 2.1. Tipo objetivo | 450 |

| | |
|--|-----|
| 2.2. Consecuencias jurídicas..... | 456 |
| 2.3. La constitucionalidad de este tipo penal..... | 458 |
| V. EL DELITO DE COACCIONES LEVES DEL ART. 172.2 CP..... | 462 |
| 1. FUNDAMENTO | 462 |
| 2. ANÁLISIS DEL TIPO | 463 |
| 2.1. Tipo objetivo | 463 |
| 2.2. Consecuencias jurídicas..... | 465 |
| 2.3. La constitucionalidad de este tipo penal..... | 466 |
| 2.4. Diferencias entre las amenazas y las coacciones..... | 468 |
| VI. LA FALTA DE AMENAZAS Y COACCIONES LEVES DEL ART. 620.2 CP. 468 | |
| 1. FUNDAMENTO | 468 |
| 2. ANÁLISIS DEL TIPO | 470 |
| 2.1. Tipo objetivo | 470 |
| 2.2. Consecuencias jurídicas..... | 472 |
| VII. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL ART. 468. 2 DEL CP | 473 |
| 1. FUNDAMENTO | 473 |
| 2. ANÁLISIS | 475 |
| 2.1. Tipo objetivo | 475 |
| A) Conducta..... | 475 |
| B) Sujetos | 477 |
| C) Bien jurídico | 480 |
| 2.1.1. Especial consideración al consentimiento de la víctima | 483 |
| 2.1.1.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y demás tribunales al respecto..... | 485 |
| A) Hasta 2008: el consentimiento de la mujer excluye la responsabilidad penal..... | 485 |
| B) Tras 2008: el comportamiento de la mujer no excluye la responsabilidad penal..... | 488 |
| 2.2. Tipo subjetivo | 497 |
| 2.3. Consecuencias jurídicas..... | 498 |
| 2.3.1. Medios para el cumplimiento del alejamiento..... | 499 |
| 2.3.1.1. Concursos | 500 |
| VIII. CLÁUSULA CONCURSAL Y EVOLUCIÓN; DEL CONCURSO DE NORMAS AL CONCURSO DE DELITOS | 501 |
| 1. CONCURSO DE NORMAS | 503 |
| 2. CONCURSO DE DELITOS | 505 |
| 3. LA CLÁUSULA DEL ART. 177 CP ¿RESULTA DE APLICACIÓN?..... | 513 |
| 4. LA CONCURRENCIA DE SUBTIPOS AGRAVADOS Y EL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> | 514 |
| Reflexión final..... | 518 |
| TERCERA PARTE: | 525 |
| POLÍTICA CRIMINAL Y GÉNERO | 525 |

| | |
|--|-----|
| CAPÍTULO V | 527 |
| POLÍTICA CRIMINAL, ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN VS. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA | 527 |
| I. PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA HABITUAL Y DE GÉNERO | 527 |
| II. TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA; MIEDO Y SEGURIDAD ANTE EL MOVIMIENTO FEMINISTA..... | 528 |
| 1. MIEDO Y SEGURIDAD ANTE EL MOVIMIENTO FEMINISTA..... | 528 |
| 1.1. Miedos | 528 |
| 1.2. Seguridad..... | 530 |
| 2. EL FEMINISMO..... | 534 |
| 2.1. El Feminismo Oficial. | 536 |
| 2.1.1. El Bienestarismo autoritario | 538 |
| 2.2. El Feminismo crítico. | 540 |
| III. ¿RETOQUE EN LAS GARANTÍAS CLÁSICAS DEL DERECHO PENAL? | 544 |
| 1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD..... | 544 |
| 2. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD..... | 550 |
| 3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD | 553 |
| 3.1. Derecho penal y acciones positivas..... | 557 |
| 3.1.1. Diferencias entre discriminación positiva y acción positiva | 558 |
| 3.1.2. Debate en el Congreso..... | 559 |
| 3.1.3. Consejo General del Poder Judicial..... | 562 |
| 3.1.4. Doctrina | 563 |
| 3.1.5. Tribunal Constitucional..... | 565 |
| IV. LA POLÍTICA CRIMINAL DE GÉNERO ACTUAL; ¿UNA ALTERNATIVA FAVORABLE A LAS MUJERES? | 568 |
| 1. POLÍTICAS DE SEGURIDAD CIUDADANA | 573 |
| 1.1. De la impunidad a la tolerancia cero. | 574 |
| 2. DERECHO PENAL SIMBÓLICO. LESIVIDAD Y BIEN JURÍDICO..... | 577 |
| 3. POPULISMO PUNITIVO..... | 581 |
| 4. EL ADELANTO DE LAS BARRERAS DE PROTECCIÓN; EL MANEJO DEL RIESGO | 583 |
| 4.1. Signos de expansión del Derecho penal | 588 |
| 4.1.1. La influencia de la LO 1/2004 en la reducción de las cifras | 594 |
| V. RASGOS DEL “ENEMIGO” EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE GÉNERO ACTUAL..... | 596 |
| 1. LA HABITUALIDAD EN SENTIDO SUBJETIVO..... | 599 |
| 1.1. Autor de la agresión: ¿ciudadano o enemigo?..... | 602 |
| 2. DERECHO PENAL DE AUTOR | 604 |
| 2.1. Autor y culpabilidad | 606 |
| 2.2. ¿Estamos ante un Derecho penal de víctimas?..... | 609 |
| 3. JUEGO DE PRESUNCIONES | 613 |
| VI. LA VÍCTIMA | 618 |
| 1. GRUPOS DE VÍCTIMAS..... | 625 |

| | |
|--|-----|
| 1.1. Las mujeres y la especial vulnerabilidad en los tipos con agravantes de género..... | 628 |
| 1.2. El Terrorismo doméstico | 632 |
| VII. EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA.. | 635 |
| VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN; PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i> | 637 |
| 1. RESPECTO DE LOS MALOS TRATOS OCASIONALES DOMÉSTICOS | 637 |
| 2. RESPECTO DE LOS MALOS TRATOS HABITUALES..... | 640 |
| 3. LA IMPOSICIÓN DEL ALEJAMIENTO CON CARÁCTER OBLIGATORIO | 641 |
| 4. RESPECTO DE LOS DELITOS DE GÉNERO EN GENERAL (2004) | 643 |
| 4.1. Las lesiones y los malos tratos ocasionales de género | 643 |
| 4.2. Las amenazas y coacciones leves de género | 645 |
| 4.3. El quebrantamiento de condena..... | 646 |
| 4.4. Especial régimen para suspender y sustituir la pena | 650 |
| 4.5. El art. 23 de la LOMPIVG..... | 651 |
| Reflexión final | 652 |
| CONCLUSIONES..... | 659 |
| JURISPRUDENCIA UTILIZADA | 669 |
| BIBLIORAFÍA..... | 672 |

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-----------|---|
| AAVV= | Autores varios |
| AI= | Amnistía Internacional |
| AP= | Audiencia Provincial |
| Art.= | Artículo |
| CE= | Constitución Española de 1978 |
| CEPAL= | Consultora de la Unidad de la Mujer y Desarrollo de la Comisión Económica para América Latina |
| CGPJ= | Consejo General del Estado |
| Comp(s)= | Compilador (es) |
| Coord(s)= | Coordinador (es) |
| CP= | Código penal |
| Dir(s)= | Director (es) |
| DOF= | Diario Oficial de la Federación |
| FGE= | Fiscalía General del Estado |
| LECr= | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LO= | Ley Orgánica |
| LOMPIVG | Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género |
| MF= | Ministerio Fiscal |
| OMS= | Organización Mundial de la Salud |
| ONG= | Organización no gubernamental |
| ONU= | Organización de Naciones Unidas |
| OPS= | Organización Panamericana de la Salud |
| SAP= | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| STC= | Sentencia del Tribunal Constitucional |

STEDH= Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS= Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH= Tribunal Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

Para abordar la materia relativa a la violencia doméstica y de género resulta consustancial hacer mención a casos acontecidos que han marcado el devenir de su regulación en España y a los que nos referiremos a lo largo del trabajo.

“Caso Ana Orantes”: SAP Granada 16/12/1998. Es el caso emblema de la violencia de género. En 1997 una mujer denunció su situación de malos tratos en un programa de televisión y a los pocos días fue asesinada en la puerta de su casa por su marido. Resultó ser el primer caso denunciado públicamente y, es por eso que marca un antes y un después en el tratamiento mediático y jurídico de este fenómeno social.

“Caso Tani”; Tani sufría malos tratos continuados hasta que un día en 1995 disparó al marido y fue condenada a 15 años de prisión, aunque posteriormente en el año 2000 le fue concedido el indulto parcial.

“Caso Alba”; SAP Barcelona 26/2009 de 14 de enero por el que se castiga por un delito de violencia habitual en comisión por omisión a una madre que permite el ejercicio de violencia por parte de su pareja a su hija menor.

“Caso Svetlana”; SAP de Alicante (Sección 1ª) 156/2009 de 2 de marzo. En noviembre de 2007, un hombre acude a un programa de televisión con la intención de pedirle matrimonio a la que dijo era su novia. La chica acude sin saber quién es la persona que quiere sorprenderla. Ante la aparición de su ex-novio responde negativamente a su petición. A los pocos días es asesinada en su portal.

“Caso Neira”; en agosto de 2008, Ernesto Neira pasea por la calle y ve cómo un hombre discute y agrede a su pareja e interviene para impedirlo, pero aquel se defiende y golpea a Neira hasta dejarlo en coma. Actualmente y tras recuperarse de esas lesiones, Neira es Presidente del Consejo Asesor del Observatorio contra la Violencia de Género en la Comunidad de Madrid.

“Caso del ex-juez decano de Barcelona”; Sentencia 428/2009 de 30 de Septiembre del Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona. La mujer del que era juez Decano de

Barcelona, descubre una infidelidad del marido y se inicia una discusión en la que ambos se agreden, según estima el juez que condena al pago de una multa por una falta de lesiones. El tribunal no estimó violencia de género.

La SAP Barcelona 360/2007 de 28 de marzo castiga por agresiones mutuas a dos faltas de lesiones los siguiente hechos; el de obligar a la mujer a cambiarse de ropa para poder salir a la calle y también el de obligarla a mantener relaciones ante lo que la mujer se niega y se inicia un forcejeo. En este caso el TS corrige a la AP de Barcelona mediante STS 58/2008 de 25 de enero condenando tales hechos con la aplicación del art. 153.1 y 3 CP por ocurrir en presencia de un menor y no a la falta estimada por la AP de Barcelona.

Hemos querido comenzar con una lista de casos, pues desde el inicio queremos marcar una constante en el tratamiento del fenómeno de la violencia de género, que es su impacto mediático. Desde finales de los años noventa, los medios de comunicación en nuestro país, vienen haciéndose eco de numerosos casos de violencia doméstica, ahora más comúnmente conocido como violencia de género, y ese impacto mediático ha sido caldo de cultivo para despertar una alarma social que ha tenido como consecuencia una cada vez más represiva regulación penal. Se trata de plasmar y diferenciar aquella violencia que sistemáticamente han desarrollado los hombres en contra de sus parejas. El surgir de la Victimología puso de manifiesto las cifras que fueron el detonante para su regulación penal. Los datos recogidos por estadísticos y sociólogos demuestran que desde la perspectiva criminológica y jurídica, nos encontramos ante un problema de gran magnitud. Se ha llegado incluso a calificar el fenómeno de “terrorismo doméstico” y de “terrorismo de género”.

De inicio habrá que resaltar una diferencia clave entre los conceptos de violencia doméstica y de género, ya que su uso indistintamente utilizado por los propios medios de comunicación ha provocado errores de partida y, hay matices importantes que diferencian claramente los conceptos. *Grosso modo*, el término violencia doméstica hace referencia a todo tipo de violencia que acontece dentro del hogar, que puede referirse a los hombres, a las mujeres, a los hijos, a los ancianos, etc., en definitiva a todas aquellas personas que comparten el espacio doméstico. Sin embargo hacemos referencia al “género” cuando queremos destacar los parámetros culturales con los que

se construye la feminidad y la masculinidad, es decir; el <deber ser> que es reflejo de los comportamientos esperados por unos y otros en base a esa construcción, y no al <ser>, que vendría predeterminado biológicamente, puesto que se nace hombre o mujer. Es por eso que el género hace referencia a parámetros estructurales dados por una determinada sociedad patriarcal que separa a hombres y mujeres más allá de lo biológico, en cuanto espera determinadas conductas de unos y otros.

A los fines de este trabajo conviene dejar delimitado el objetivo del mismo, a saber; la violencia llevada a cabo en contra de la mujer por su propia pareja y el camino seguido por el legislador penal hasta su tipificación en el código. Desde 1989 hasta 2004 el código penal se ha encargado de tipificar la violencia doméstica aunque con el fin último de proteger a las mujeres, y no es hasta 2004 cuando se introduce específicamente la perspectiva de género. Por tanto hemos dejado de lado a efectos de este trabajo otros “delitos periféricos en el ámbito familiar¹” como el abandono de familia, el impago de pensiones y demás delitos contra las relaciones familiares en general y otros delitos relativos a las mujeres como la ablación del clítoris, centrándonos por tanto en una de las manifestaciones más graves de la Sociedad patriarcal, que es el fenómeno de la violencia de género. Para llegar al estudio de la misma, hemos creído conveniente seguir los pasos dados por el legislador, y es por eso que hemos estimado importante traer a colación el estudio de su antecesor; el delito de violencia doméstica.

Tras los avances en la consecución formal de los derechos humanos, civiles y políticos de la mujer, que han sido reflejados en los distintos documentos internacionales auspiciados sobre todo bajo las Naciones Unidas; se obliga desde la esfera internacional (a mediados del s. XX) a todos los estados firmantes de las diferentes Convenciones a asegurar una protección real (material) de los mismos, y esa protección se ha visto eclipsada por la violencia que se manifiesta hacia las mujeres en el seno de la sociedad patriarcal. El objetivo consiste en que una vez conseguida la igualdad formal, se plasme la igualdad material y para ello en nuestro país se han llevado a cabo numerosas reformas legislativas en los últimos años, que han servido para hacer visible el problema y para que la mujer haya salido del anonimato al sentirse

¹ JAEN VALLEJO, M.; *Derecho Penal Aplicado, (Parte General y Parte Especial)*, Ed. Colex, 2003, p. 192.

apoyada por las instituciones tanto sociales, políticas y jurídicas. Con carácter general “la criminalización se sitúa en la necesidad de castigar al delincuente y prevenir que se expanda la violencia y, por lo tanto, en la creación de tipos penales que describan los actos específicos que sufren las víctimas²”. Queda por comprobar si efectivamente el desembarco del Derecho penal en este ámbito ha surtido los efectos esperados, esto es, reducir las cifras de la violencia y reconocer a las mujeres como plenas sustentadoras de derechos, como ciudadanas de pleno derecho.

Sobre el tema hay opiniones enfrentadas, por lo que la crítica no se ha hecho esperar. La mayoría de la doctrina avala la intervención penal en este ámbito y la opción abolicionista no parece factible hoy por hoy. Pero aunque la cuestión de la necesidad de la creación de un tipo específico de violencia de género parece aceptarse por la doctrina de forma unánime, no lo es tanto la manera en que finalmente se ha ejecutado. Y por eso hay quienes han llegado a argumentar que la introducción de este tipo de injusto no es más que un alarde de respuesta del legislador y de la clase política para aparentar una mayor protección en este ámbito tan sensible, con base en la existencia de lagunas de impunidad.

Desde dentro del propio movimiento feminista podemos afrontar algunas críticas a la ley, ya que no debe perderse nunca la mirada crítica hacia la conveniencia de la utilización del Derecho penal a la hora de abordar la vida de las mujeres, aunque padezcan violencia³. No dejamos de reconocer la conveniencia de su utilización, pero sin olvidar el principio de intervención mínima y la propia finalidad de la norma, que es la protección real de las mujeres. Es por eso que en esta investigación trataremos de hacer frente a las últimas decisiones de Política criminal de género en referencia a elementos de la Teoría del delito y sobre todo en relación a la afección positiva o negativa de la vida a las mujeres.

² LIMA, M^a DE LA LUZ. “Violencia intrafamiliar”, Año LXI, Núm. 2, Mayo-Agosto 1995, México DF, p. 225.

³ MULAS SANZ, N.; “El maltrato y la mujer”, en MARTÍNEZ GALLEGOS, E.; SANZ MULAS, N.; (Coords.), *Derecho y Mujer. Guía práctica para la resolución de problemas legales*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 60 cuestiona la utilidad del Derecho penal para resolver ciertos delitos contra las mujeres porque “las raíces siguen siendo principalmente sociales, morales y culturales, y es por ahí por donde realmente habría que comenzar”.

* * * * *

Para hacer frente al fenómeno y a su tratamiento legal hemos estructurado el trabajo en tres partes, una primera de carácter fenomenológico, de ubicación del problema, una segunda de análisis dogmático de los delitos que recogen la violencia doméstica y de género y, una tercera que refleja una revisión de base político-criminal. A su vez, son cinco capítulos sobre los que hemos armado el trabajo;

En el primer capítulo, y coincidiendo con la primera parte, hemos tratado de reflejar esa preocupación y movilización social ante el fenómeno de la violencia de género. Para ello hemos resaltado las cifras dispuestas por organismos oficiales como el Instituto de la mujer. Y sobre todo ahondado en los conceptos de violencia habitual o doméstica y de género, tratando de respetar las características propias de una y otra. En este orden de cosas, la cuestión más importante es llegar a las causas del fenómeno de la violencia de género, que tiene su origen en el diseño de la Sociedad Patriarcal, puesto que no sólo en el género se puede basar el análisis de este tipo de violencia, sino en otros muchas causas y factores que influyen en el fenómeno objeto de estudio, y que también condicionan la vida de las mujeres. Y por último se analiza si existen personas especialmente predispuestas a ser sujetos activos y pasivos de este tipo de violencia, tratando de dibujar un posible perfil que identifique el riesgo y las posibilidades de ser potencialmente sujeto agresor o agredido.

La segunda parte comprende tres capítulos (segundo, tercero y cuarto del trabajo); En el segundo capítulo se han abordado de manera sistemática y cronológica las distintas reformas que en materia penal han tratado de hacer frente al fenómeno, comenzando por la falta de maltrato hasta su conversión en delito de violencia doméstica y habitual en el año 1989, y finalmente la materialización de la tipificación del género en el código penal en 2004. Se hace especial mención a la *LO 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, por la que comienzan a distinguirse en el código penal las violencias habituales de las violencias ocasionales. Es por eso que a partir de 2003, además de castigar con pena privativa de libertad la violencia física y psíquica habitual (doméstica), también se castigan con privación de libertad aquellos *menoscabos psíquicos o lesiones no definidas como delito en el código, los malos tratos de obra sin lesión y las amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos* cuando se

dirijan a alguna de las personas relacionadas con el *ámbito doméstico*, siendo faltas cuando las personas sean ajenas a dicho ámbito. Finalmente se inicia el estudio de la LOMPIVG y de sus aspectos más problemáticos referidos al nombre, desde su abordaje integral hasta el propio concepto de género en ella recogidos, así como los cambios producidos en la parte especial del código penal.

En el tercer capítulo se analiza el delito de violencia habitual, y sus características propias, que hacen de él un delito diferenciado. Se han analizado los elementos que lo componen resaltando algunos de especial interés por su dificultad de entendimiento y de prueba, como la habitualidad, el bien jurídico protegido y los sujetos, todos ellos elementos que hacen estas conductas merecedoras de protección penal y que dieron lugar a la tipificación de tales conductas. La dificultad técnica del mismo ha propiciado que ni doctrina ni jurisprudencia hayan llegado a un consenso en su interpretación, y por tanto su aplicación ha sido dispar, dificultando su éxito en la erradicación del problema. Los sujetos contenidos en este especial injusto se definen no desde el sujeto activo, sino en el sujeto pasivo, en el que se enumera un listado de personas que constituyen el espacio doméstico, pero llegando a sobrepasarlo, por lo que a partir de ahora en vez de hacer referencia a la violencia doméstica, nos referiremos a él como violencia cuasi-doméstica.

En el cuarto capítulo, se estudia cómo el legislador penal finalmente ha manejado el concepto de género en materia penal y cómo lo ha plasmado en delitos concretos. De forma simplificada, se ha entendido que la violencia de género siempre tiene como sujeto activo un hombre y como sujeto pasivo a una mujer. Partimos de su definición de género como *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes están o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*⁴. A pesar de partir de esta definición y de introducir el concepto de género, penalmente la LOMPIVG sigue la tendencia marcada por el legislador de 2003 introduciendo algunas novedades en la parte especial del código penal, modificando conductas de escasa entidad constitutivas de falta elevándolas a delito cuando esa situación de dominio se desprenda de actos de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las

⁴ Art. 1.1 de la LOMPIVG

coacciones o la privación arbitraria de la libertad⁵. Es cierto que esta Ley endurece las penas en determinados delitos, que es más represiva que las anteriores regulaciones, pero tiene una nota de distinción con el resto: que es integral, es decir, que aborda el tema desde los diferentes ámbitos afectados en procura de una solución al problema desde todos los focos, no sólo desde el penal.

Finalmente, la tercera parte que constituye el quinto capítulo, aborda una revisión político-criminal que repasa los aspectos más controvertidos que se desprenden de la regulación penal cuando se trata de acotar fenómenos sociales como son la violencia cuasi-doméstica y de género. Fundamentalmente se hace hincapié en la idea de tratar de erradicar un problema de base patriarcal a través de un instrumento que precisamente ha facilitado y sustentado la permanencia de tal sociedad patriarcal, el Derecho penal. Por eso, después de un análisis crítico de los aspectos más polémicos de los delitos analizados en los capítulos anteriores se hace una especial mención a las posibilidades de cambio en la regulación que aseguraren el fin político-criminal último que debe regir cualquier regulación dedicada al género; y es el empoderamiento de las mujeres y el reconocimiento de la autonomía y capacidad de las mismas y de sus derechos, resaltando aquel que se refiere a vivir una vida libre de violencia y reconociendo su plena ciudadanía.

En realidad, consideramos oportuno adelantar que tras todo el análisis y revisión de datos, de doctrina y jurisprudencia sobre estos delitos, pareciera que no se han conseguido los resultados pretendidos. Una regulación de género debe poner a las mujeres en una situación de empoderamiento y de reconocimiento de derechos como ciudadana y sin embargo la manera de utilizar la herramienta penal para estos casos no ha solucionado los problemas reales que provocan este fenómeno.

* * * * *

Para llevar a cabo este trabajo hemos contado con las magníficas bibliotecas de la Universidad de Salamanca, y con los valiosos acervos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Y ello fue posible, gracias a

⁵ Art. 1.3 de la LOMPIVG

una beca de investigación, otorgada durante los años 2006 y 2007, dentro del marco de colaboración que las Universidades de Salamanca y la Nacional Autónoma de México ofertan dentro del Plan Anual para el intercambio de estudiantes.

Quisiera agradecer a quienes hicieron posible este trabajo de investigación. Agradezco a mi director el Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre por su constante apoyo y aval, a Carmen Rodríguez Gómez por los inicios, y a la Mtra. Rosa María Álvarez González por su acogida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas durante la estancia de investigación en la UNAM.

**PRIMERA PARTE:
CRIMINOLOGÍA Y GÉNERO**

CAPÍTULO I

ASPECTOS FENOMENOLÓGICOS Y CRIMINOLÓGICOS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

La violencia de género es un fenómeno que existe desde el origen mismo de la sociedad patriarcal, y así lo demuestran los datos ofrecidos por distintos estudiosos y organismos, pero que no ha sido conceptualizado como tal hasta una época reciente. El concepto de violencia de género que hoy manejamos no se corresponde con el concepto de violencia doméstica utilizado tradicionalmente para hacer frente a la situación de violencia acontecida en los hogares, aunque su utilización indistinta por parte de los medios de comunicación haya llevado a tal confusión. Por ello la delimitación del objeto de estudio de este trabajo requiere del análisis de los conceptos de violencia doméstica y de género y, de las consecuencias que su identificación por parte de la opinión pública ha generado en la realización de estadísticas y en la creación de instituciones, incluso en la definición de perfiles de los sujetos protagonistas, y más tarde en el legislador penal.

I. ESTADÍSTICAS DE LOS HECHOS QUE GENERARON LA ALARMA SOCIAL

Los datos recogidos por estadísticos y sociólogos a lo largo de los últimos años nos mostraron una realidad desconocida, solapada por la cultura del control del comportamiento de las mujeres. Estos datos hoy son claro ejemplo de la existencia de un entramado cultural perverso que ha mantenido en un segundo plano a las mujeres, sometidas al desprecio y violencia masculina. Éste es el sentido que se desprende de las siguientes afirmaciones:

- Los informes oficiales de Estados Unidos dicen que cada 15 segundos hay una mujer que sufre malos tratos, y que 700.000 mujeres son violadas al año⁶. La violencia de género mata en Estados Unidos a un número de

⁶ Documento de AI, “*Cuerpos rotos, mentes destrozadas. Torturas y malos tratos a mujeres*”, consultar en <http://www.amnesty.org/es/library/asset/ACT40/001/2001/b2264bd6-a369-11dc-9d08-f145a8145d2b/act400012001es.html>

mujeres cada cinco años equivalente al número de soldados que murieron en el Vietnam⁷.

- Según datos del Banco Mundial, al menos el 20 por ciento de las mujeres del mundo han sufrido malos tratos físicos o agresiones sexuales⁸.
- Por término medio, al menos una de cada tres mujeres es objeto de violencia por parte de su pareja durante su vida⁹.
- En 48 encuestas basadas en la población efectuadas en todo el mundo, entre 10% y 69% de las mujeres mencionaron haber sido agredidas físicamente por su pareja en algún momento de sus vidas¹⁰.
- La violencia doméstica, un fenómeno que se cree que afecta al 15% de las mujeres europeas¹¹.
- Cada seis horas es asesinada una niña o una mujer en México. En estos años, el derecho a una vida sin violencia ha sido el más violentado de todos los derechos humanos. Cientos de asesinatos de niñas y mujeres a lo largo y ancho del país quedan en la impunidad. Baste mencionar que 177 funcionarios responsables de negligencias frente a los asesinatos de mujeres de Ciudad Juárez, denunciados por la Fiscalía Especial, siguen sin ser castigados, no obstante haberlos señalados con nombre y apellido¹². Ciudad

⁷ GANZENMÜLLER ROIG, G., ESCUDERO MORATALLA, J. F., FRIGOLA VALLINA, J., *La Violencia Doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, 1999, Barcelona, p.33

⁸ “Las cifras de la desigualdad” consultado en marzo de 2008 en *Notas de prensa de Manos Unidas*, 4 de marzo de 2004, http://www.manosunidas.org/notasprensa/dia_internacional_mujer.htm

⁹ “Fin a la violencia contra la mujer: hechos, no palabras. Informe del Secretario General”. *Violencia contra la mujer: formas, consecuencias y costos*. 9 de octubre de 2006. Consultar informe en la página de naciones Unidas, concretamente en <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/launch/spanish/v.a.w-consequenceS-use.pdf>.

¹⁰ HEISE, L. y GARCÍA-MORENO, C.; Capítulo IV del “*Informe mundial sobre la violencia y la salud*”, de la Organización Panamericana de la salud, Washington 2003, p. 97, ver en http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/capitulo_4.pdf. (Consultado en marzo de 2008).

¹¹ *La Vanguardia*, 2 de marzo de 2008: “Europa es uno de los pocos países europeos que recogen datos fiables sobre el asesinato de mujeres. Europa obvia la violencia sexista”, en el que además se afirma que “la cifra procede del Consejo de Europa y es conservadora porque se basa en las denuncias registradas, a pesar de que incluye todo tipo de agresiones, también las de padres o hijos.”

¹² *La Jornada de México*, 1 de Septiembre de 2006, “Contrainforme feminista”. Para más información, consultar en <http://www.isis.cl/Feminicidio/doc/doc/0110contrainformefeminista.doc> o en <http://www.redfeminista.org/noticia.asp?id=4479>. Consultadas ambas páginas a 6 de marzo de 2008.

Juárez, el fracaso de la civilización: 360 mujeres asesinadas, 600 desaparecidas¹³.

- En países como Canadá, Egipto, Grecia, Jamaica y Colombia las demandas de divorcio son mayoritariamente por motivos de violencia¹⁴.

Éstos y otros datos de contenido similar además de reflejar la naturaleza violenta del ser humano, “justifican” de alguna manera la alarma social que se ha generado alrededor de la violencia y las mujeres, de la cual nos ocuparemos a lo largo de este trabajo. En principio¹⁵ la violencia doméstica, de género, etc., no distingue entre países industriales y postindustriales, ni de religiones, etc. pues, en todas ellas la dominación y el control masculino impera en el orden social, puesto que traspasa los muros hogareños e influye de manera muy significativa y, a todos los niveles en la sociedad, dificultando el desarrollo de cualquier país y de la sociedad internacional en general, ya que supone un importante desgaste humano, una importante inversión a nivel sanitario, falta de rendimiento laboral, además de una herencia violenta a los hijos, etc.

Violencia que como decimos, es propia también de países desarrollados, incluso de los países con mayor nivel de vida como Canadá, Estados Unidos, Luxemburgo, Finlandia, Alemania o España. Según un estudio realizado por el Centro Reina Sofía en 27 países, “el ranking de países por número de víctimas asesinadas en el ámbito doméstico por cada millón de mujeres es el que sigue”: Hungría, Luxemburgo, Eslovenia, Estados Unidos, Finlandia, Costa Rica, Croacia, Suiza, Eslovaquia, Dinamarca, Rumania, Noruega, Canadá, Panamá, Austria, Alemania, Chipre, Reino Unido, Italia, España, Suecia, Colombia, México, Holanda, Andorra, Islandia y Malta.¹⁶ El último de los informes realizado por el Centro Reina Sofía, “arroja que en

¹³ MOLINA, M.; “Ciudad Juárez, el fracaso de la civilización: 360 mujeres asesinadas, 600 desaparecidas (23 de diciembre de 2003)”, consultado en marzo de 2008 en <http://www.rebellion.org/mujer/031223molina.htm>.

¹⁴ GALEANA, P.; “Mujer, Justicia y Derechos Humanos” en *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, Núm. 4, 1998, México DF. p. 62.

¹⁵ En este capítulo se aludirá a causas de tipo estructural en general no sólo al género, que coadyuvan a la existencia y perpetuación de estas clases de violencia, por eso esta afirmación de que la violencia de género afecta a todos por igual debe relativizarse.

¹⁶ SANMARTÍN, J.; “II Informe internacional contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y legislación”, Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia, Valencia, 2006, p. 38.

España, a pesar de que los feminicidios en general han descendido un 45% entre 2000 y 2006, los casos de asesinatos a manos de una pareja o ex-pareja han aumentado un 15%¹⁷. Conviene empezar a distinguir aquí conceptualmente la violencia contra las mujeres en general, de la violencia ejercida con motivo de género.

Todos estos estudios demuestran que el auge de la Victimología en los últimos años ha recaído de manera especial en las mujeres maltratadas, que figuran entre los “grupos de víctimas que más están representadas en las actuales encuestas de victimización¹⁸”. Concretamente en España¹⁹ el número de denuncias recibidas durante los últimos años no para de crecer. Así las cosas, en 2002 hubo un total de 43.313 mujeres que denunciaron algún tipo de maltrato por parte de su esposo, en 2003 resultaron un total de 50.088 y en 2004 sumaron 57.527, siguiendo en 2005, fueron 59.758 y de lo que llevamos de 2007, hasta 63.347 denuncias²⁰.

| | | 2002 | 2004 | 2006 | 2007 |
|------------------|-----------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Denuncias | Españolas | 33.452 | 43.186 | 43.294 | 42.264 |
| | Extranjeras | 9.671 | 14.341 | 16.464 | 21.083 |
| | Cónyuge | 22.430 | 23.263 | 22.174 | 21.400 |
| | Ex-cónyuge | 4.674 | 6.289 | 6.372 | 6.121 |
| | Comp. sentimental | 8.166 | 14.633 | 17.360 | 18.675 |
| | Ex-comp. sentimental | 5.640 | 9.648 | 11.985 | 12.697 |
| | Novia | 822 | 1.494 | 1.958 | 2.076 |

¹⁷ “III Informe internacional de violencia contra las mujeres. El Instituto Centro Reina Sofía presenta los datos estadísticos de su último informe”, en <http://www.amecopress.net/spip.php?article3819>

¹⁸ HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F.; *Introducción a la Criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 190.

¹⁹ Como más adelante veremos, las primeras estadísticas españolas en el tema aparecieron en 1984, que fue una de las causas que motivaron la introducción del delito de violencia doméstica en el código penal.

²⁰ Datos facilitados por el Instituto de la mujer. Fuente DENUNCIAS: elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio del Interior y de las MUERTES: 1999-2005 elaboración propia a partir de noticias de prensa y de datos del Ministerio del Interior. A partir de 2006, datos de la Delegación Especial de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, los datos de 2010 son hasta el 15 de julio, en <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W300-2.XLS>.

| | | | | | |
|--|-----------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| | Ex-novia | 1.581 | 2.200 | 2.321 | 2.378 |
| | Total | 43.313 | 57.527 | 62.170 | 63.347 |

| | | 2002 | 2004 | 2006 | 2008 | 2009 | 2010 |
|----------------|----------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Muertes | Españolas | 37 | 53 | 48 | 40 | 34 | 24 |
| | Extranjeras | 13 | 17 | 20 | 36 | 21 | 14 |
| | Desconocida | 4 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| | Cónyuge | 24 | 34 | 21 | 20 | 27 | 16 |
| | Ex-cónyuge | 2 | 5 | 3 | 8 | 5 | 2 |
| | Comp. Sentimental | 19 | 14 | 12 | 19 | 13 | 11 |
| | Excomp. sentimental | 3 | 6 | 6 | 13 | 7 | 4 |
| | Novia | 4 | 8 | 12 | 11 | 2 | 3 |
| | Ex-novia | 2 | 5 | 6 | 5 | 1 | 2 |
| | Total | 54 | 72 | 60 | 76 | 55 | 38 |

Destacamos que en 2009, tras los primeros cinco años de aprobación de la LOMPIVG las cifras de mujeres asesinadas descienden; “han sido 55 vidas, 16 menores de 30 años. De ellas, 13 habían solicitado medidas de protección y el 11% las tenían en vigor cuando fueron asesinadas. Algo más de un tercio eran extranjeras y el 61% convivía con su asesino²¹”. Pero ese descenso parece que no va a mantenerse en 2010, pues como vemos, a mediados de año son ya 38 las víctimas²². Como vemos en los últimos años las cifras oscilan y es por ello difícil extraer conclusiones acerca de las bondades de las reformas penales en la reducción o no de las cifras.

²¹ El País, 2 de enero de 2010 “Las muertes por violencia machista descienden casi un 40% en 2009. La ley cumple cinco años con retraso en las medidas sociales y educativas”.

²² El País, 8 de julio de 2010, “Siete días, cinco muertes. Una embarazada que había denunciado a su pareja es la víctima número 38 del machismo. El Gobierno atribuye el aumento a la mayo convivencia en verano”.

1. INFLUENCIA DE LOS MOVIMIENTOS DE POBLACIÓN

Que España haya pasado de ser un país de emigrantes a un país de inmigración en los últimos treinta años ha tenido su influencia a la hora de diseñar políticas públicas. En estos últimos años se está dando este fenómeno hasta entonces era desconocido, y que tiene consecuencias directas en la violencia relacionada con la mujer. Así según el Instituto de la Mujer, durante el año 2008²³ la tasa de víctimas extranjeras por millón de mujeres extranjeras es del 13,79% mientras que la tasa de víctimas españolas por millón de mujeres de nacionalidad española es del 1,73%. Por tanto, aquella idea que afirmamos en la página anterior de que la violencia de género no conoce límites y que en principio es predicable de cualquier Estado encuentra en el dato de las mujeres inmigrantes un primer interrogante.

Ojo, bien llama la atención sobre estos aspectos la doctrina avisando de ese incremento de las víctimas extranjeras de la violencia machista respecto de las españolas, es una cuestión que es importante matizar; se trata de “extranjeras, no inmigrantes de los países del Sur²⁴”, por lo que “qué bien, podemos sentirnos civilizados nosotros los liberales del primer mundo y constatar que ellos, los más pobres, los de esas otras culturas no desarrolladas son más machistas, más violentos y más brutos que nosotros, encubriendo sus condiciones de existencia, el destierro obligado, las largas jornadas de trabajo, los bajos salarios y la soledad, circunstancias que no se tienen en cuenta²⁵”. Por ello, que este trabajo gire alrededor del concepto de género, no significa que se rechacen el resto de variables que rodean y favorecen la violencia de género, queremos constatar que no los ignoramos, pues aunque hayamos afirmado que la violencia no conoce diferencias entre países, lo cierto es que hay muchas variables a tomar en consideración a las que haremos referencia en este primer capítulo, pero no a todas porque excedería con mucho los límites de este trabajo.

²³ Tabla “Mujeres muertas por Violencia de Género en a manos de su pareja o expareja según nacionalidad.” <http://www.migualdad.es/MUJER/mujeres/cifras/tablas/W809.XLS>.

²⁴ SAEZ VALCÁRCEL, R.; “Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 58, marzo 2007, p. 15.

²⁵ *Ibidem*.

Sin embargo nos llama la atención los datos arrojados por un estudio comparativo de las mujeres asesinadas hasta mediados del 2009, en comparación con las mujeres asesinadas hasta el mismo periodo del año anterior, pues desde enero a julio (de 2009) se contaron 31 víctimas de violencia de género, frente a las 36 que se contabilizaron a 28 de julio de 2008. Pero lo curioso a los fines que ahora se pretenden es que “analizando los casos de las mujeres asesinadas, destaca el descenso del número de víctimas extranjeras²⁶” siendo a mediados del 2008 un número de 14 mujeres extranjeras que habían muerto a manos de sus maridos y siendo en 2009, 8 el número de extranjeras asesinadas, “sin embargo, la cifra sigue siendo elevada. Esas 8 víctimas suponen el 25, 8% del total. Una proporción que se ha moderado, pero aún mayor que el peso que el colectivo de extranjeros tiene en España, donde constituye el 12% de la población. Hace un año eran cerca del 48% de las víctimas²⁷”. Tendencia que finalmente es la que imperó en 2009, pues de los últimos datos presentados que hacen balance del año 2009 se desprende que “murieron menos mujeres a manos de sus parejas o ex parejas que en los años anteriores: 55 -20 extranjeras y 35 españolas-. Es un 27,8% menos que el año anterior y la cifra más baja desde el año 2003, cuando empezaron a computarse los asesinatos con cierto rigor. El dato no es definitivo, porque aún hay cuatro casos que se están investigando. Parte del descenso se debe a que ha bajado el número de asesinatos entre las extranjeras: fueron 20 frente a los 33 del año anterior, una reducción de casi el 40%, según las cifras hechas públicas ayer por la ministra de Igualdad, Bibiana Aído, y el delegado para la Violencia de Género, Miguel Lorente²⁸”.

Podemos resaltar los siguientes datos, que se refieren a los autores varones de delitos de homicidio o asesinato sobre su pareja o ex-pareja con resultado muerte, por

²⁶ El País, 29 de julio de 2009, “La cifra de crímenes machistas cae al nivel más bajo en siete años. Disminuyen sobre todo las víctimas inmigrantes, un 43% menos que en 2008”.

²⁷ El País, 29 de julio de 2009, “La cifra de crímenes machistas cae al nivel más bajo en siete años. Disminuyen sobre todo las víctimas inmigrantes, un 43% menos que en 2008”.

²⁸ El País, 13 de enero de 2010, “El 75% de las víctimas de muertes machistas no había denunciado. El año pasado hubo 21 asesinadas menos que en 2008”.

nacionalidad²⁹; como vemos en los últimos años ha habido un incremento de las cifras relativas a extranjeros.

| | 1999 | 2001 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 |
|--------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| españoles | 41 | 32 | 58 | 50 | 37 | 50 | 44 | 44 | 30 | 22 |
| extranjeros | 4 | 13 | 11 | 18 | 15 | 18 | 27 | 31 | 25 | 16 |
| TOTAL | 54 | 50 | 70 | 72 | 57 | 68 | 71 | 76 | 55 | 38 |

Aunque los estudios de Victimología han sido un ámbito de desarrollo en Latinoamérica esto no se ha fraguado en estudios estadísticos de género, así, una de las diferencias que se produce, por ejemplo, en México³⁰ con respecto a España es que en aquel país no ha habido estadísticas oficiales sobre la violencia familiar³¹, quizás por ser éste un tema desplazado por otros grandes asuntos sociales como la inseguridad o el narcotráfico que sí han sido objeto de mayores estudios. No ha sido hasta hace cinco años, cuando de manera original se han desarrollado estos trabajos. Así, los datos que llegan de este país no son más alentadores, sino que por el contrario, arrojan un número preocupante de asesinatos de mujeres. Sólo México DF tenía una población en 2005 de 14.007.495 habitantes, de los cuales 4.549.233 eran mujeres y 4.171.683 hombres³². De aquí se desprende la dificultad de llevar a cabo un estudio riguroso, teniendo en cuenta las dimensiones poblacionales del DF y, contando con los sesgos de pobreza y riqueza de la Sociedad “defeña”. Estos son los datos que arroja la Cámara de Diputados, haciéndose eco del Servicio Médico Forense en el DF: de los años 2000 a 2005, fueron 743 los homicidios de mujeres, el número de mujeres asesinadas por año fue el siguiente³³.

²⁹ Tabla “Autores (varones) de delitos de homicidio/asesinato sobre su pareja o ex-pareja, con resultado muerte por nacionalidad”. Los datos de 2010 están contabilizados hasta el 15 de julio, en <http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W810.XLS>

³⁰ Debido a las dimensiones geográficas y de población de la República federal mexicana nos referimos ahora a la capital, el Distrito Federal.

³¹ Solamente algunos estudios del INEGI (Instituto nacional de estadística, geografía e informática).

³² Datos recogidos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e informática de México, más conocido como el INEGI. Para más información consultar en <http://cuentame.inegi.gob.mx/monografias/informacion/df/poblacion/default.aspx?tema=me&e=09>

³³ *Violencia Femenicida en la República mexicana*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. LIX Legislatura. Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones

| Año: | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 (primer semestre) |
|-----------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-----------------------------------|
| Total muertas: | 130 | 130 | 131 | 136 | 144 | 72 |

II. VIOLENCIA

1. TIPOS DE VIOLENCIA

1.1. Definición de violencia

Según ELENA CALABRESE “la violencia y la agresión son dos caras de la misma moneda que tradicionalmente ha sido aceptada como mecanismo de control por los individuos que han ostentado el papel hegemónico dentro del grupo social que de uno u otro modo se han visto justificados y por lo tanto, legitimados en el ejercicio de esa violencia y de ese poder arbitrario³⁴”. Por su parte VELAZCO GAMBOA se pregunta qué es la *violencia* más allá de la terminología y de la doctrina y la respuesta que halla es la siguiente: “es un mal de las mismas dimensiones que el cáncer o el SIDA: que corrompe y destruye a las personas y sociedades de manera lenta y gradual pero efectiva. Y es un mal más antiguo que los mencionados³⁵”.

Al hilo de esta argumentación que pone en relación la violencia y la agresión, el mismo CGPJ, afirma que “conceptualmente la violencia se presenta como un estadio más avanzado de la agresividad. No hay violencia en sentido técnico, por una agresión aislada, esporádica, sino que esa agresión debe producirse en un contexto de sometimiento de la víctima. El agresor -sujeto dominante- se mueve en un ambiente en el cual la víctima se encuentra subordinada. Ello se produce paulatinamente en un contexto de continua agresión y correlativo deterioro de la personalidad de la víctima.

relacionadas con los Femicidios en la República Mexicana y a la Procuraduría de justicia vinculada. Tomo II. México, julio 2006.

³⁴ CALABRESE, E.; “La Violencia en el hogar” *Leviatán, Revista de hechos e ideas*, II Época, nº 69 Otoño 1997, Madrid, España.

³⁵VELAZCO GAMBOA, E.; “Violencia Intrafamiliar, mal social, mal universal”, *ASAMBLEA*, Vol. 3, núm. 26, Marzo, 1997, México DF. p. 22.

... En este sentido puede hablarse de relaciones de dominación³⁶. Este es un razonamiento clave que dará la pauta más adelante respecto de las características propias del género.

1.2. Violencia y familia: violencia familiar e intrafamiliar. Violencia doméstica

También se han llegado a utilizar indistintamente los términos de violencia familiar y doméstica, ¿pero realmente son lo mismo? Pareciera que no. Si tomamos en cuenta la definición de violencia acabada de poner de manifiesto, nos llama la atención que en México, la NOM-190-SSA1 definiera la *violencia familiar* como “un acto u omisión único o repetitivo, cometido por un miembro de la familia, en relación de poder -en función del sexo, la edad o la condición física-, en contra de otro u otros integrantes de la misma, sin importar el espacio físico donde ocurra el maltrato físico, psicológico, sexual o abandono³⁷”, es decir, definiendo como violencia no sólo los actos repetitivos, sino también los que suponen la comisión de un solo acto violento, y sobre todo que no se limita al espacio doméstico, cuestión sobre la que volveremos cuando analicemos la LO 11/2003 en España.

A nivel Europeo, la Recomendación N° R (85) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la violencia dentro de la familia (Adoptada por el Comité de Ministros el 26 de marzo de 1985, en la 382ª reunión de los Delegados de los Ministros) define la violencia en la familia como “todo acto u omisión que atente contra la vida, la integridad física o psíquica o la libertad de una persona, o que ponga gravemente en peligro el desarrollo de su personalidad, considerando que tal violencia afecta en particular, aunque en condiciones diferentes, por una parte a los niños, y por otra a las mujeres”.

Coincidimos con la OPS en que una de las formas más desgastantes de la violencia es la conyugal, más conocida como violencia doméstica, que supone una de

³⁶ Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004, p. 15. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>

³⁷ Norma Oficial Mexicana de 1999 de prestación de servicios de salud. Criterios para la atención médica de la violencia familiar, en <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/190ssa19.html>

las formas más comunes de la violencia en la familia³⁸. La OMS define la *violencia en la familia* como un fenómeno complejo que se sustenta en patrones culturales y creencias profundas y afirma que esta violencia, adquiere diversas formas y es independiente de la nacionalidad, religión, raza, cultura y extracción social de las personas³⁹. Estamos de acuerdo con esta afirmación en el sentido de que las causas son de tipo estructural y no personales, aunque sin desestimar como venimos argumentando otros factores.

HERNÁNDEZ EHLERS simplifica y alude a que algunas teorías definen a la violencia intrafamiliar desde el punto de vista de la “agresividad instintiva” y otras sin embargo la definen como un problema multicausal, en el que es necesario analizar diversos factores de tipo cultural, económico, legal y político, que en cada caso serán considerados como los responsables de la violencia. A partir de la definición de la violencia intrafamiliar se observa que la manifestación de la violencia está ligada al ejercicio del poder, al uso de la fuerza, ya sea física, psicológica, sexual, económica, o política. A estas condiciones estructurales de la violencia intrafamiliar se suma una condición externa de consenso social, mantenida por sectores tradicionales, que otorgan legitimidad al agresor y dejan sin recursos a la víctima⁴⁰. Es importante por tanto distinguir las corrientes que ubican este tipo de violencia en características individuales del autor y aquellas que relacionan con causas de tipo estructural. En cualquier caso, la violencia intrafamiliar es considerada entonces como una de las costumbres y prácticas más graves para el tejido familiar por su carácter destructivo y porque pone en desventaja a la mujer⁴¹. BENÍTEZ JIMENEZ acoge la definición de violencia intrafamiliar dada por el Consejo de Europa como “toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad

³⁸ Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud y Subcomité sobre la mujer, la salud y el desarrollo, *18.a sesión, 8-9 de febrero de 1999*, “Abordaje del problema de la violencia contra la mujer en las políticas de reforma del sector de la salud en Centroamérica”.

³⁹ ARAUJO OSORIO, S.; “Legislar contra la violencia Familiar”, *ASAMBLEA*, núm. 7, Tercera Época, Vol.1, Septiembre, 2001, México DF., p. 34.

⁴⁰ HERNÁNDEZ EHLERS, A. L.; “Violencia Intrafamiliar”, *Revista de Trabajo Social*, N° 20, Enero-Marzo 1998, México DF, p. 64.

⁴¹ SALINAS BERINSTÁIN, L, “De la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Convención de Belem Do Pará”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, Nueva Época, núms. 55-56 Octubre-Febrero, 1998-1999, México, DF, p. 189.

física o psicológica, o incluso la libertad de otro de los miembros de la misma familia, y que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad⁴²”.

Por lo tanto, ¿debemos entender lo mismo por Violencia Intrafamiliar (término más utilizado en Latinoamérica) que por Violencia Doméstica (término utilizado en España)? Parece ser que no, que hay algún matiz que diferencia ambos términos. Veamos que por violencia intrafamiliar entendemos las agresiones físicas y/o simbólicas que se dan en el contexto de la vida privada, en la que se implican vínculos genealógicos primarios (relaciones de parentesco propias de la familia nuclear) y, por violencia doméstica la que tiene lugar en un ámbito que igual implica condiciones de vida privada pero que no necesariamente involucra lazos de parentesco primarios, ya que es posible la presencia de relaciones de parentesco en grados secundarios: es el caso de las familias reconstituídas, en las que el esposo no necesariamente es el progenitor de todos los hijos, de modo que la consanguinidad implica relaciones entre hermanos y medios hermanos⁴³.

Por violencia doméstica, la Jurisprudencia española entiende, todo acto u omisión de uno o varios miembros de la familia que dé lugar a tensiones, vejaciones u otras situaciones similares en los diferentes miembros de la misma⁴⁴, concepto amplio que comprendería las más variadas formas de maltrato que se dan en la vida real. Por su parte, CORCOY BIDASOLO, considera oportuna la utilización de este término para referir el problema, atendiendo a que en él no caben todas aquellas violencias que pueden producirse en contra de la mujer y por el contrario, incluye casos en los que la víctima no necesariamente es mujer, además de ser el término más extendido y comúnmente utilizado en España⁴⁵. Sin embargo, muy crítica con este término es

⁴² BENÍTEZ JIMÉNEZ, M^a JOSÉ, *Violencia Intrafamiliar: La Mujer Maltratada*. Unidad de Criminología. Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla La Mancha, p.278.

⁴³ HERNÁNDEZ ROSETE, Daniel, “Pobreza urbana y Violencia doméstica en hogares de la Ciudad de México, ciudades, participación y riesgo”, *Revista de Sociología*, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, núm. 22, Enero-Abril, 1998. p. 35.

⁴⁴ STS núm. 1159/2005 de 10 de octubre, recurso de casación núm. 2295/2004.

⁴⁵ CORCOY BISASOLO, M.; “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género” en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. (Directores) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord), *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoria al Código Penal Español de 1995*, Argentina, 2006 p. 144.

AMORÓS quien lo califica de “chapuza conceptual”, estableciendo que este tipo de conceptualización no politiza y no es una buena conceptualización porque junta y suma realidades heterogéneas, invisibilizando el carácter estructural del fenómeno de la violencia de género⁴⁶.

Hablamos por tanto de violencia doméstica cuando la violencia se desarrolla entre las personas que conviven dentro del “domo” (o fuera de él, pero entre las personas que lo comparten, es decir, el episodio de violencia ocurre en el portal, en un bar o en la calle pero entre miembros de la casa), por lo que podrían quedar incluidas diferentes personas que sin ser familia comparten una vivienda, como los estudiantes que comparten piso, los cuidadores de ancianos o personas que ayudan en la casa con las tareas domésticas, etc. El término “doméstica” es por tanto, más amplio que el término “familiar”⁴⁷. En España, se han usado indistintamente los términos, confundido la violencia doméstica y la violencia familiar, quizá por el mal uso que se ha hecho desde los medios de comunicación; cuando en realidad la violencia familiar hace alusión a la violencia ejercida entre los integrantes del núcleo familiar, y la violencia doméstica a la violencia que se lleva a cabo en un determinado espacio físico: el hogar, sin que tenga que ser necesariamente dirigida a personas de la misma familia. El hecho de que el fenómeno descrito se desarrolle en el ámbito privado, no debe ocultar su verdadera dimensión como problema social. La violencia doméstica no es un problema de naturaleza femenina, es un problema de los hombres y de las mujeres, y por ello mismo es una responsabilidad de todos los actores sociales, políticos e institucionales como gobiernos, legisladores, profesionales, educadores, medios de comunicación, etc.⁴⁸.

Cuando nos centramos en las mujeres de la casa o de la familia empieza otra distinción clara, pues “mientras la violencia doméstica encuentra su explicación en las

⁴⁶ AMORÓS, C.; “Conceptualizar es politizar”, LAURENZO COPELLO, P.; MAQUEDA ABREU, M. L.; RUBIO, A.; *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p.17.

⁴⁷ LANZOS ROBLES, A., “La violencia doméstica (una visión General)”, *La violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos*, en Escuela Judicial CGPJ, Madrid, 2001, p. 138.

⁴⁸ QUINTANILLA BARBA, C “Análisis sociológico de la Violencia Doméstica. De un problema individual a un problema social, la Violencia Doméstica como un problema estructural”, en *Congreso sobre Violencia de Doméstica 12 y 13 de junio de 2003*, CGPJ, Madrid 2004, p. 193.

relaciones asimétricas propias de la estructura familiar y puede afectar tanto a hombres como a mujeres; la violencia de género hunde sus raíces en la discriminación estructural de sexo femenino propia de la sociedad patriarcal y por eso sus víctimas siempre son las mujeres⁴⁹” por tanto, la categoría de violencia de género constituye una categoría específica de violencia sociológicamente definida, y no se trata tan solo de una mera diferencia estadística, por lo que es un concepto diferente tanto cuantitativa como cualitativamente⁵⁰.

Es decir, “no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y otra apunta a la familia como sujetos de referencia. Nada empece a esta afirmación el que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género⁵¹”.

El CGPJ critica en su informe al Anteproyecto de la LO1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género el concepto de género allí recogido y estima que la violencia doméstica es de varios tipos dependiendo del sujeto que la lleve a cabo, es decir,

- la violencia de género
- la violencia sobre ancianos
- la violencia sobre menores
- y cabe añadir marginalmente la violencia de menores contra ascendientes y la violencia entre hermanos⁵².

Es por ello que en este caso la violencia de género sería tan sólo una parte de la violencia que puede llevarse a cabo dentro del ámbito doméstico.

⁴⁹ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 39

⁵⁰ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal” en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005, p. 15

⁵¹ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006, p. 4.

⁵² Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas de Medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, p. 16.



1.3. Violencia y mujeres

Al contrario de lo que se suele pensar, éste no es un problema que atañe tan sólo a las mujeres. Son ellas las que padecen sus consecuencias, pero el hecho nos incumbe a todos, hombres y mujeres, niños y niñas, “la violencia no es un problema “de” sino un problema “para” las mujeres, un problema de la cultura masculina, patriarcal, y de los varones⁵³. Podemos aunar conceptos y hablar de violencia intrafamiliar de género, haciendo uso de la idea de que el ámbito familiar es propicio para ejercer el dominio “porque son los hombres de forma abrumadora los sujetos activos de la violencia en cualquiera de las tres categorías de violencia intrafamiliar: a) en los supuestos de violencia en la pareja en un 90% de los casos el imputado es el hombre, b) en los supuestos de agresión a menores- niños o niñas- el 75% de los inculpados son hombres y, c) en el caso de los ascendientes el 86,7% de los inculpados son hombres⁵⁴”.

En este sentido, como veremos a lo largo del desarrollo de este trabajo, en España las alarmas saltaron con razón del número de mujeres que denunciaron a sus

⁵³ BUSTILLO SUÁREZ, E., “Otra forma de asesinar” *Congreso de violencia Doméstica 12 y 13 de junio de 2003, Observatorio sobre la Violencia Doméstica*, CGPJ, 2004, Madrid, p. 224.

⁵⁴ COMAS d’ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 36.

maridos, sin embargo las reformas llevadas a cabo desde 1989 hasta las de 2003 tuvieron por objeto las relaciones familiares metiendo en la misma categoría a mujeres, ancianos, niños, etc, sin embargo la reforma de 2004, supuso un cambio de perspectiva político-criminal, en palabras de LAURENZO la reforma de 2004 observa las agresiones a las mujeres no como una forma más de violencia familiar, sino “como un tipo específico de violencia social vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer- y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales o, lo que es igual, en pautas culturales que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer⁵⁵”, es decir, comienza a distinguirse en el ámbito legislativo la violencia de género propiamente.

Sin embargo mencionar simplemente la violencia contra las mujeres es hacer referencia a “cualquier clase de violencia cometida por cualquier persona contra la mujer, por lo que es una expresión que no es indicativa del contenido de la Ley⁵⁶”. Por ello hay que profundizar más en el concepto de género, que es en realidad el que atiende a aquella violencia que emana de los papeles tradicionales reservados a lo masculino y a lo femenino.

1.4. Violencia de Género

Clarificado lo anterior, restaría por hacer mención a lo que, a nivel nacional e internacional se entiende por *violencia en contra de la mujer* y *violencia de género*. En el ámbito internacional no existe una definición única, aunque todos los organismos involucrados en el asunto coinciden en que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que es preciso erradicar. Es reconocido que la violencia familiar, intrafamiliar o doméstica es una de las variantes más perniciosas y expandidas de aquella; y que la “violencia contra la mujer y sus variantes son reflejo de estructuras

⁵⁵ LAURENZO COPELLO, P.; “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006, p. 343-344.

⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, M.; “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Política Criminal y reformas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 48.

sociales sexuadas de dominación⁵⁷”. Como hemos visto, género, sociedad y violencia se entrelazan para dar origen al fenómeno de la violencia contra la mujer⁵⁸.

Fue por tanto, en la esfera internacional donde comenzó a diferenciarse la violencia ejercida en contra de las mujeres de las violencias sufridas por el resto de familiares. Se definió violencia contra las mujeres como “todo acto, omisión, conducta dominante o amenaza que tenga o pueda tener como resultado el daño físico, sexual o psicológico de la mujer⁵⁹”, o como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado⁶⁰”.

El género por su parte debe ser entendido como ese “conjunto de normas, costumbres y hábitos sociales que condicionan el comportamiento dependiendo de que se trate de un hombre o una mujer⁶¹”, por lo tanto implica una construcción cultural y no biológica (la cual vendría dada por el sexo: “se nace mujer”). La violencia de género entendida entonces como todas aquellas agresiones producidas contra las mujeres por el simple hecho de ser mujeres, término por el que se decanta la IV Conferencia Mundial de Pekín de 1995, que fue la primera en formular su definición, entendiendo por tal: *aquella que se ejerce en contra de las mujeres por el mero hecho de ser mujeres*. La perspectiva de género por tanto “hace referencia al contexto socio-histórico-cultural donde tiene lugar la violencia de género y las circunstancias del autor y la víctima⁶²”.

⁵⁷ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, A. E., “La Violencia Familiar, un concepto difuso en el Derecho Internacional y en el Derecho Nacional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV núm. 101 mayo-agosto 2001, p. 534.

⁵⁸ PÉREZ CONTRERAS, M^a de Montserrat, “La Violencia contra la mujer”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXV, Núm. 103, Enero-Abril 2002, p. 208.

⁵⁹ Proyecto de la Declaración sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU en 1991.

⁶⁰ Art. 1 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer. Convención de Belém Do Pará, de la Organización de Estados Americanos de 9 de junio de 1994, Brasil.

⁶¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., *La Violencia doméstica, análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Ed. Comares, Granada, 2001, p.54.

⁶² DURÁN FEBRER, M.; “Aspectos procesales de la violencia doméstica: medidas de protección a las víctimas”, en Encuentros <Violencia doméstica>, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 137

Por tanto, vemos como muchas definiciones dadas por instancias internacionales entremezclan en sus definiciones unas y otras. Violencia en contra de la mujer y violencia de género no significan lo mismo, aunque en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer del año 1993, de Naciones Unidas, se hacía mención en su artículo 1º a la violencia contra la mujer definiéndola como *todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*, por lo que también se equiparaba violencia contra la mujer con violencia de género.

A esta última reflexión, la socióloga ESPINAR RUIZ con razón objeta, que la violencia contra las mujeres hace referencia a las formas de violencia cuyas víctimas son mujeres y que se centra en sus causas, explicaciones y efectos, por lo que no todos los estudios que se realizan en este ámbito aplican un enfoque de género y, que sin embargo el término Violencia de Género se refiere a aquella violencia que hunde sus raíces en las definiciones y relaciones de género dominantes en una sociedad, enfoque por el que se pueden analizar diferentes formas de violencia, incluidas algunas que no tienen como víctima directa a una mujer pero que pueden explicarse, más adecuadamente, desde consideraciones de género⁶³. Es decir, aquellas relaciones que se establecen bajo la protección del Patriarcado.

Por su parte LARRAURI critica que los ideales masculinos y femeninos se basan en las distinciones sobre mujeres y hombres construidas biológicamente, que hace que se inicie “la socialización de las mujeres a esos valores y tareas para finalmente acabar afirmando que la mujer tiene unas <dotes naturales>. En el proceso se esfuma el proceso socialmente construido del género y aparece como natural y biológicamente determinado⁶⁴”. Para COBO PLANA “la violencia de género, efectivamente tiene una fuerza definitoria indiscutible de aquello que desea reflejar. Esencialmente parece que

⁶³ ESPINAR RUIZ, E., Tesis Doctoral, *Violencia de Género y Procesos de Empobrecimiento*, Dpto. de Sociología II. Universidad de Alicante, p. 37-38. Año 2003 en <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=11683>.

⁶⁴ LARRAURI, E.; “Control informal; las penas de las mujeres...” en LARRAURI, E. (Comp.); *Mujeres, Derecho Penal y criminología*, editorial siglo XXI, Madrid, 1994. p. 11-12

debe entenderse que se trata de la violencia que la mujer padece por serlo, pero no solamente como sexo cromosómico diferente del hombre, sino como acepción definitoria genérica de una persona o como cualidad de la misma que describe una forma determinada de aparecer en la sociedad⁶⁵”. Son definiciones todas ellas que reflejan la diferencia entre lo biológico, nacer hombre o mujer (ser), y lo cultural que se construye por aquellos valores y comportamientos que se esperan de unos y otros bajo los valores que maneja el Patriarcado (deber ser).

Violencia contra la mujer es un concepto más amplio que el de violencia de género, en el primero cabrían todas aquellas llevadas a cabo contra mujeres, en la segunda sólo podríamos considerar aquellas que hunden su raíz en la subordinación estructural existente, es decir, que acontece “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres⁶⁶”, que es la que realmente responde a la construcción patriarcal.

1.4.1. Una aclaración

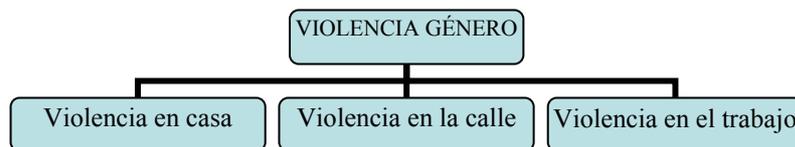
Como comprobaremos más detalladamente, en España se han entremezclado diversos tipos de violencia, de manera que incluso la LOMPIVG ha tomado de referencia (castiga con mayor rigor punitivo) tan sólo la violencia de género llevada a cabo en el ámbito doméstico, por lo que sin duda alguna ha reducido toda la potencialidad implícita en el concepto de “género”, reduciéndola a uno de los escenarios más comunes, el doméstico; por el riesgo que representa la misma relación de pareja. Esto ha llevado en ocasiones a identificar la violencia en la pareja (concretamente la violencia del hombre en contra de su mujer), con la violencia de género; hecho que supone una reducción del ámbito abarcable por el término género. En realidad la violencia de género está presente dentro y fuera del hogar, se produce a nivel social a través de la agresión sexual, a nivel laboral con el acoso, y a nivel doméstico con la violencia dentro del hogar. Sin embargo la ley de violencia de género sólo hace

⁶⁵ COBO PLANA, J. A.; “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN., M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 344.

⁶⁶ Art. 1.1 de la LO 1/2004 de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

referencia a esta última, a la violencia (de género) que acontece en el ámbito doméstico. A su vez los medios de comunicación en España, que siempre hacían referencia a la violencia doméstica, alineados con esta tendencia, han sustituido esta terminología por la de violencia de género, instituida lógicamente y confirmada efectivamente, a raíz de la entrada en vigor de la actual Ley de violencia de género.

Además como veremos, no sólo cualquier ámbito sino que tampoco cualquier conducta puede ser valorada de violencia de género, pues están tasadas en el art. 1.3 de la ley, centrándose en hechos de escasa entidad sin posibilidad de aplicar la agravante de género propiamente dicha en un asesinato por ejemplo⁶⁷. Conductas que serán analizadas a lo largo de este trabajo.



La reducción que la LO 1/2004 hace de la violencia de género al ámbito de la pareja ha ocasionado en muchas ocasiones que se hayan tratado indistintamente estos fenómenos, lo cual genera debate pues ni las causas ni los protagonistas coinciden en dichas clasificaciones, “porque mientras la violencia doméstica apunta más bien a las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar, la violencia de género pone el acento en la discriminación estructural de las mujeres propia de la estructura patriarcal⁶⁸”. Aunque también, en verdad la estructura familiar es reflejo de la Sociedad en que se genera, la Patriarcal. La denominada ley de violencia de género, “asimila la violencia de género a una forma de discriminación, resaltando su carácter intergrupal

⁶⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C.; “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de la constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, p. 18.

⁶⁸ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 334

basado en una relación de dominio y subordinación de un género (el masculino) sobre el otro (el femenino)⁶⁹”, aunque sin salir del ámbito doméstico.

Es decir, “mientras la protección jurídica de las víctimas de la violencia doméstica tiene su razón en la protección de la familia, el término violencia de género trata a la mujer como ciudadana, equiparada al ciudadano, y enfatiza el déficit democrático que supone que el Estado no garantice a las mujeres el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, libertad, igualdad, y seguridad⁷⁰”. En realidad la violencia doméstica y la violencia de género son conceptos distintos que no pueden sustituirse el uno por el otro. Parece que en España los medios de comunicación han dejado de hablar de violencia doméstica y ahora se refieren a la de género como si fuese lo mismo. Como tendremos ocasión de comprobar a lo largo del análisis que llevaremos a cabo en los capítulos posteriores de este trabajo, en esta confusión a tenido mucho que ver el legislador, pues ha circunscrito “la llamada ley de género” al ámbito del hogar, desestimando el resto de manifestaciones de la violencia de género, motivo por el que dicho error tiene base legal⁷¹.

III. CAUSAS

La manera más eficaz de abordar el problema que ahora nos ocupa y poder erradicarlo emana del conocimiento detallado de las causas que lo generan y su identificación en la vida real, de otra forma, no llegaríamos a la profundización de los conceptos y por tanto, tampoco, a lo arraigado del asunto. Desde el punto de vista de las necesarias políticas públicas, no podríamos abordarlas íntegramente si no acudimos a la raíz del problema, esto es, a las causas que lo generan⁷². Más allá de las características

⁶⁹ GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad (L. O. 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, 2008, p. 25.

⁷⁰ DURÁN FERRER, M.; “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” en *Artículo 14, núm. 17*, 2004, p. 4

⁷¹ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas entre la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A. (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 281.

⁷² La clasificación que hemos contemplado está tomada de un informe de UNICEF “La Violencia doméstica contra mujeres y niñas”, *Innocenti Digest, N.º. 6, junio, 2000*, fuente HEISE, L.; 1994, en www.unicef-icdc.org, p.7. Pero hay otras autoras como por ejemplo MARTA TORRES FALCÓN que distinguen las causas de la violencia “según los factores desencadenantes de la violencia, los cuales son agrupables en tres enfoques: 1. El modelo individual: que destaca aspectos personales de

individuales de los protagonistas de los episodios de violencia, partimos de una base estructural. Un estudio de las causas, con el objeto además de poder llegar a una solución lo más garantista posible sin ir más allá de los límites de una Política criminal y de un Derecho penal democráticos.

1. CAUSAS DE TIPO CULTURAL

1.1. Socialización por separado de uno y otro sexo

Desde la más tierna infancia se nos adjudica el *azul* o el *rosa* según seamos niños o niñas al nacer. ¿Por qué marcar estas diferencias ya desde bebés? Desde este temprano momento y sin ser conscientes de ello, comienza en los seres humanos el aprendizaje sociocultural de la masculinidad y la feminidad.

Hasta no hace mucho tiempo en España se consolidaba un sistema educativo diferenciado para niños y niñas⁷³. La utilización de juguetes distintos ya parecen augurar que sus necesidades de aprendizaje son diferentes. La educación por separado en colegios de monjas para ellas, y en colegios de curas para ellos, (incluso en la educación pública también se hacían estas distinciones) constituyen escenarios sociales que terminan incentivando las diferencias. Actualmente no quedan casi colegios de esta índole, pues después de muchos años se ha convenido en que no es necesario separar a personas que están destinadas a necesitarse y a coincidir en muchos de los aspectos humanos⁷⁴. Es imprescindible crecer juntos para conocerse, saberse diferentes, y

los sujetos implicados en una relación de violencia. 2. El modelo familiar: que analiza la dinámica de las relaciones que establecen sus integrantes. 3. El modelo sociocultural: que centra su atención en la estructura social.” Consultar en *La violencia en casa*, Paidós, México, 2005, p. 211.

⁷³ El País, 13 de junio de 2009, “La diferencia entre alumnos y alumnas es más social que biológica. La OCDE rechaza la tesis de los defensores de la Escuela que separa por sexos”, la información recogida refleja que uno de los autores del estudio de la OCDE, *¿Preparados igualitariamente para la vida? Resultados escolares de chicos y chicas de 15 años*, Pablo Zoido, opina que el informe Pisa “no refleja diferencias significativas en las habilidades y la capacidad para aprender”.

⁷⁴ En España las políticas en educación en los últimos años tienden a retirar subvenciones a los colegios concertados que todavía hacen estas distinciones por sexos en las aulas, así se ha manifestado el TS mediante STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 7ª) de 16 de abril de 2008, RJ. 2008/3967, y en cuyo FJ. 9 establece que “El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el art. 27. 9 CE”.

aceptando las características propias de cada uno, aprender a respetarse. La separación no es más que otra manifestación de la discriminación.

La adolescencia y la juventud parecen ser las épocas más difíciles del terreno educativo, empezamos a interesarnos y a curiosear con el otro. Ya algunos “jóvenes tienen comportamientos hostiles en la adolescencia, se acercan a las chicas hostigando, cuando tienen pareja le imponen su criterio en nombre del compromiso adquirido, pero es egoísta, en realidad lo hacen en nombre de su control. Creer que cuanto más te controlan es cuanto más te quieren está muy arraigado⁷⁵”. Lo preocupante es que esta violencia temprana puede ser el antecedente de otras violencias de la época adulta. Son estos años donde las diferencias de género entre unos y otros empiezan a tornar en preocupantes: se dice que el éxito de un chico aumenta cuantas más experiencias sexuales acumule, mientras que el prestigio social de la chica se ve mermado, adoctrinándola de tal manera que su sexualidad se dirija únicamente con la finalidad de la maternidad.

Incluso en la Universidad, todavía las aulas de ciertas carreras se ven pobladas de chicos y escasean las chicas y viceversa, como si las futuras profesiones en las que las mismas desembocan tuvieran sexo, hay más chicos que estudian Ingeniería⁷⁶, y sigue habiendo más mujeres en Enfermería y Educación (que constituyen igualmente las tareas del cuidado tradicionalmente ligadas al carácter femenino). En los últimos años se ha visto un cambio pero todavía se perpetúan estas diferencias. También es cierto que en general hay más chicas que chicos en la Universidad, según algunos estudios casi el 55% de la población universitaria es femenina⁷⁷, veremos si esto se traduce en mayor

⁷⁵ LORENTE ACOSTA, M.; “Hay que medir la peligrosidad del agresor”, *El Periódico feminista*, miércoles 27 de diciembre de 2006, en http://www.mujeresenred.net/news/article.php3?id_article=875.

⁷⁶ Informe elaborado por el Departamento de Ingeniería electrónica de la Universidad de Sevilla: “Presencia femenina del IEEE en España. El grupo WIE-SPAIN” en el que se afirma que “en el curso 2003/04, el 28,1% de los estudiantes de carreras técnicas en España eran mujeres y este es el único ámbito universitario donde siguen siendo clara minoría”. Consultar en <http://www.ieee.org/wiespain>.

⁷⁷ Ministerio de Educación y Ciencia, “Informe sobre la evaluación del alumnado universitario”, Diciembre 2003, del que se desprende la siguiente información: “La igualdad de acceso de la mujer a los estudios universitarios es ya una realidad. Del total de la matrícula de primer y segundo ciclo, 53,58% del alumnado es femenino (tabla 12), incluso empieza a haber descompensación en favor de las mujeres. Sin embargo, si lo analizamos por ramas de estudio, todavía existen fuertes diferencias ya que, en el curso 2000-01, las mujeres representan sólo el 27,14% del alumnado en los estudios técnicos, mientras que alcanzan 72,0% en Ciencias de la Salud.”, p. 8, Puede consultarse en

éxito profesional de ellas, si en el futuro habrá más juezas que jueces⁷⁸, si en los Gobiernos serán mayoría las mujeres y en los altos puestos directivos de las empresas.

A la mujer española no le fue reconocido el derecho al estudio en el ámbito universitario hasta una Ley de 1911⁷⁹. Hasta entonces le era tolerado recibir la educación primaria y secundaria, más que nada para poder ayudar en este terreno a los hijos. Pero dicha educación (primaria) no se hace obligatoria universalmente hasta 1970, es la Ley General de Educación la que proclama la escolarización obligatoria de todos los menores de 14 años⁸⁰. Es digno de mención el ejemplo de Concepción Arenal, una mujer que fue a contra corriente en su época, ya que en 1842 se hace pasar por hombre para asistir a la Universidad. A través de su trabajo en un periódico de la época, dio rienda suelta a su vocación feminista.

Resulta positivo, no obstante, que en el acontecer universitario de finales del siglo XX, muchos chicos se ven obligados a salir de sus casas y convivir en pisos de alquiler en la ciudad donde se encuentra su Universidad, sin más ayuda en los quehaceres de la casa que la propia y la de los compañeros. Aunque todavía es pronto para hacer un análisis del impacto de esta realidad, esperemos que desde la experiencia personal, muchos se percaten de todas las obligaciones que conlleva la realización de las tareas domésticas y las asuman como obligatorias sin delegarlas en el futuro en sus compañeras⁸¹.

<http://www.mec.es/educa/jsp/plantilla.jsp?area=ccuniv&id=259>. Otro estudio realizado por el INE en 2001 “Censos. Estudios y actividad laboral”, destaca que “en la última década, ha aumentado casi seis puntos porcentuales el número de titulados universitarios. Y, por primera vez, el porcentaje de mujeres con estudios universitarios es sensiblemente superior al de los varones.” Puede consultarse en www.ine.es/prodyser/pubweb/folletocenso01/pags28-35.pdf.

⁷⁸ El País 22 de abril de 2008 “La judicatura ha estado ligada históricamente al hombre. En España, las mujeres tuvieron prohibido el acceso a la carrera judicial hasta 1966. Y tuvieron que pasar 11 años para que ingresara la primera mujer. Tres décadas después, las tornas se han invertido. Los hombres son minoría en las facultades de Derecho y en las últimas promociones de la Escuela Judicial. Esta incorporación masiva ha propiciado que el número de mujeres y hombres en los órganos judiciales, 1.967 y 2.322 respectivamente, se haya compensado. Si bien en la élite de la judicatura el número de mujeres es escaso.”

⁷⁹ RUBIALES TORREJÓN, A., “Evolución de la situación jurídica de la mujer en España” a 31 de Octubre de 2003, p. 4 en <http://www.ciudadanas.org/documentos/textoCONFERENCIA.pdf>.

⁸⁰ Ídem, p. 9.

⁸¹ Consultar *El País*, noticia de 3 de Diciembre de 2008; a día de hoy los datos que arroja el estudio *En torno a la familia española: Análisis y reflexiones desde perspectivas sociológicas y*

En la edad adulta las mujeres y los hombres, tras la educación y los roles aprendidos en la familia, en el colegio, en la Universidad⁸² construyen la sociedad que les toca protagonizar, transmitiendo lo aprendido a los hijos. Éste ha sido el círculo vicioso que ha imperado hasta los años 70 del s. XX, en que algunas mujeres apostaron por la movilización social para salir de ese letargo en el que estaban sumidas, constituyéndose la segunda remesa del Movimiento feminista, que provocó grandes cambios de mentalidad y en las relaciones de género, algo en lo que ahondaremos un poco más adelante.

1.1.1. Algunos ejemplos de tolerancia social

Esta situación de violencia y mujer ha dejado su huella en todas las artes, pues “si unimos el discurso tradicional de la Biblia y la Iglesia, con el discurso costumbrista-popular de los cancioneros y refranes, más las aportaciones de la literatura seria y didáctica, observamos que desde todos los lados del abanico ideológico ha estado y está justificada la violencia⁸³”. En todas las culturas, nos encontramos con dichos populares sexistas fomentados a través de los años como: *Tu marido es un Dios*, que es un proverbio hindú⁸⁴; “*Un perro, una mujer y un nogal: más se los golpea, mejor son* (inglés); *Una esposa puede amar al marido que no le pega, pero no le respeta* (ruso); *Las mujeres son como un gong, deben ser golpeadas con regularidad* (chino); *El hombre, que es hombre y macho y pega a su mujer deja de ser hombre y macho si no le pega otra vez* (latino); *La mujer es como un árbol, hay que golpearla para que dé*

Económicas de la Fundación de Cajas de Ahorro (FUNCAS), no son muy alentadores para algunos países de la Unión Europea como España o Italia “Las españolas dedican a las tareas domésticas el triple de tiempo que los hombres. España junto con Italia, es el país de la UE con una mayor diferencia entre sexos a la hora de repartir el trabajo en el hogar” donde se asegura que las mujeres españolas dedican una media de 4.55 horas al trabajo doméstico frente a 1.37 horas de los hombres.

⁸² El País, a 8 de Diciembre de 2008, “La violencia machista burla los muros del saber”; según un estudio realizado en cinco universidades españolas y financiado por el Instituto de la Mujer “un 65% de profesores y alumnos universitarios ha sufrido maltrato o ha sido testigo de algún caso”. Este estudio es pionero en España pero de estudios hechos en el extranjero se arrojan cifras nada desdeñables y es que en la Universidad “entre un 12% y un 28% de las estudiantes universitarias son objeto de violencia de género”.

⁸³ DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., “La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género” en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol.18, 2005, p.236.

⁸⁴ GANZENMÜLLER R., ESCUDERO MORATALLA J. F. y otros; *La violencia Doméstica: regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, 1ª ed, Barcelona 1999 p.151.

mucho fruto (francés)”⁸⁵; o “la mujer no es un jarrón... no se romperá aunque le peguen cien veces” (ruso), ante lo que añade DE VEGA RUÍZ que con ello “se señala la brutalidad histórica de una realidad hiriente”⁸⁶.

Por ejemplo en la literatura; OCTAVIO PAZ, (Premio Nobel de Literatura en 1990), escribía lo siguiente acerca del pensamiento mexicano sobre la mujer en el recién abandonado siglo pasado, (concretamente en 1950): “Como en casi todos los pueblos, los mexicanos consideran a la mujer como un instrumento, ya de los deseos del hombre, ya de los fines que le asignan la ley, la sociedad o la moral. Fines, hay que decirlo, sobre los que nunca se le ha pedido su consentimiento y en cuya realización participa sólo pasivamente, en tanto que “depositaria” de ciertos valores. Prostituta, diosa, gran señora, amante, la mujer trasmite o conserva, pero no crea, los valores y energías que le confían la naturaleza o la sociedad. En un mundo hecho a la imagen de los hombres, la mujer es sólo un reflejo de la voluntad y querer masculino. La feminidad nunca es un fin en sí mismo como lo es la hombría”⁸⁷.

La mujer por tanto, utilizada como recurso, como medio, medio de reproducción. Se encasilló a la mujer en el mito de la madre, es decir, “al constituir la educación social de la mujer igual a madre, y por lo tanto, madre igual a mujer, se histerizó (histerio igual a útero) el cuerpo femenino: la mujer como una realidad plural, como un sujeto de placer erótico, como un sujeto productivo-creativo”⁸⁸. Esta equivalencia mujer-madre se explica desde una simple observación desde las *venus estiatopigias* que cantaban a la fecundidad de las mujeres en el arte prehistórico, hasta nuestros días. El papel de esposa y madre ha sido el destinado a la mujer hasta el siglo XXI en el que vivimos. Papel por otra parte que para pensadores como OSHO significa poder lograr la mayor creación del mundo, creación cuyas protagonistas son las mujeres

⁸⁵ Compendio de frases realizado por NANI, E.; “Género y Violencia”, en CADOCHE, S. N. (Directora), *Violencia familiar*, Rubinzal- Culzoni editores, Buenos Aires, 2002, p. 258.

⁸⁶ DE VEGA RUÍZ, J. A., *Las agresiones familiares en la Violencia Doméstica*, Ed. Aranzadi S.A. 1999, Pamplona, p. 23.

⁸⁷ PAZ, Octavio.; *El Laberinto de la Soledad*, Colección Popular, Fondo de Cultura Económica, Vigésima primera reimpresión, 1992, México. p.31-32.

⁸⁸ DUARTE SÁNCHEZ, PATRICIA Y GONZÁLEZ ASCENCIO, GERARDO, COAUT. “De la Etiqueta de víctima al empoderamiento. Un camino por recorrer cuando trabajamos la prevención en la violencia de género”, *ALTER*, Año I, núm. 1, Enero-Abril 1997, Campeche, Cam, México. p.209.

y en donde los hombres no tienen cabida, por eso, explica este filósofo, éstos necesitan crear obras de arte, o necesitan encumbrar el Everest, o llegar a la luna, para sentirse también creadores y útiles⁸⁹.

Otro ejemplo de finales del siglo pasado, nos viene a demostrar que sociedades desarrolladas económica e industrialmente como la japonesa, ocultan en su entramado cultural una discriminación odiosa a la mujer: “el Señor Eisaku Sato, que había sido primer ministro del Japón, recibe el premio Nobel de la Paz en 1974. Su mujer había manifestado públicamente que le pegaba. La tradición patriarcal japonesa, hizo que la popularidad de éste aumentara después de estas declaraciones; y por supuesto los que le dieron el premio valoraron más la paz internacional que la paz doméstica, y que el hecho de maltratar a su mujer no afectaba a los méritos de recibir el premio Nobel de la Paz⁹⁰”.

El economista y filósofo de la India AMARTYA SEN (Nobel de Economía en 1998), viene denunciando desde 1990 el impacto del infanticidio selectivo que se ha llevado a cabo durante años en países como China, donde las costumbres y políticas demográficas actuales imponen matar a las niñas al nacer por diversas cuestiones culturales. Las autoras ALBERDI y MATAS recogiendo estos estudios, apoyan los resultados de este economista alegando que “las consecuencias sociales y económicas de este déficit de mujeres son muy graves para estas sociedades, además del daño irreparable que se ha causado a estas niñas.⁹¹”, en el sentido de que las futuras generaciones vendrán cargadas de solteros incapaces de encontrar una pareja femenina con los daños demográficos que esto podrá conllevar.

Para prevenir que estos comportamientos típicos de la estructura patriarcal sigan reproduciéndose en las nuevas generaciones, es necesario un cambio de actitud, que lentamente comienza a fecundar y que puede apreciarse en las transformaciones sociales, institucionales y legales. Pero repasemos la génesis de estos cambios que

⁸⁹ OSHO; Lecciones de vida, *Educando al nuevo niño: concediendo libertad, respetando la privacidad y nutriendo la inteligencia*, Suiza, 2005, p. 27-30.

⁹⁰ BUSTILLO SUÁREZ, E., “Otra forma de asesinar”, en *Congreso de violencia Doméstica 12 y 13 de junio de 2003, Observatorio sobre la Violencia Doméstica*, 2004, Madrid, p. 223.

⁹¹ ALBERDI, I., MATAS, N., *La Violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Colección de Estudios Sociales núm. 10, Fundación La Caixa, 2002, p. 86.

vienen sucediendo desde hace unos treinta años, cuando comenzaron los procesos de transformación, lo que unos han llamado la Sociedad Post-patriarcal⁹² y otros autores han definido como el otoño del Patriarcado⁹³.

Ya que en este apartado se ha hecho mención a varios Premios Nobel, nos parece adecuado traer a colación aquí que el año 2009 ha sido especialmente gratificante en la concesión de estos galardones, pues se ha batido el récord de mujeres galardonadas, cinco han sido las premiadas⁹⁴.

1.2. La sociedad del Patriarcado. Los modelos tradicionales de familia y cambios acontecidos en los últimos años

1.2.1. La sociedad Patriarcal

La familia es el núcleo básico de toda Sociedad y está destinada a llevar a cabo la socialización de sus miembros, por lo que debería ser un espacio de diálogo y aprendizaje, en donde poder crecer y desarrollarse, no obstante en muchas de ellas no es lo que ocurre dado que el método de resolución de cualquier disidencia es sofocado con el ejercicio de la violencia. Esto se suele llevar a cabo por los miembros más fuertes de la misma sobre los más débiles, que se cifran en mujeres, ancianos y niños. Muchas personas para sofocar el estrés del día a día, recurren a la violencia para combatirlo, es de lo que se ha ocupado la Teoría del Estrés en la familia: “el estrés estructural se traduce en comportamientos violentos dentro del espacio familiar cuando se carecen de recursos personales y de estrategias de afrontamiento para mitigar el impacto de los factores estresantes⁹⁵”, esta teoría parece adelantarnos la idea de que el hombre que

⁹² Para más información consultar FLAQUER i VILARDEBÓ, L.; “El ocaso del Patriarcado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 4, 2001, Granada, España.

⁹³ Para más información ver LOMAS, C.; “El otoño del Patriarcado: El aprendizaje de la masculinidad y la feminidad en la cultura de masas y la igualdad entre hombres y mujeres” en *Cuadernos de Política Criminal*, vol.18, 2005.

⁹⁴ El País, 10 de diciembre de 2009, “Herta Müller recibe el Nobel por el valor literario de su oposición a la dictadura comunista. La edición de este año es la que cuenta con más mujeres entre los galardonados”.

⁹⁵ MEIL LANDWERLIN, G.; “La violencia doméstica en el contexto del cambio familiar: una perspectiva sociológica” Profesor titular de Sociología de la Universidad Autónoma de Madrid en *La violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos*. Madrid, 2001, p. 93.

maltrata a su mujer no es violento con el resto de personas, ni el trabajo, etc, y es por ello que esta violencia va más allá de las características de las personas y se ubica en un contexto patriarcal. Ése era el riesgo que mencionamos a la hora de definir los conceptos de género y la familia.

El tipo de sociedad en la que se consolida esta violencia es el Patriarcado⁹⁶, nacido del abuso de poder de los hombres sobre las mujeres, que ha servido de sede perfecta para la consolidación de los estereotipos de género tanto en las culturas orientales como en las occidentales. Éste se ha preocupado por dar hegemonía y superioridad al simple hecho de nacer varón, lo cual ha puesto al hombre en una situación privilegiada de control y dominio sobre la mujer en el aprendizaje de los valores esgrimidos por el Patriarcado en la construcción del género. El fenómeno del machismo⁹⁷ se ha visto favorecido por todas estas creencias que privilegian los atributos masculinos (poder, fuerza, dominación) en detrimento de los femeninos (sensibilidad, cuidado y entrega), por lo que la cosificación de la personalidad femenina ha estado legitimada desde la época de las cavernas. El Patriarcado como generador de violencia, que ha sido utilizada por los hombres como medio de control, basado en la ley del más fuerte físicamente, origen de la división sexual del trabajo y, consecuentemente, de la subordinación de la mujer.

El carácter androcéntrico del mundo demuestra esta prevalencia. Es lo que se denomina violencia estructural y anida en los mismos cimientos sobre los que descansa nuestra sociedad. Se trata de “actos que provienen de las estructuras sociales que favorecen la pobreza endémica de las mujeres, la desigualdad de oportunidades o la desigualdad en el acceso a la educación y a los servicios de salud entre varones y

⁹⁶ NICOLÁS LAZO, G.; “Debates en epistemología feminista: del empiricismo y el standpoint a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, p. 27 “para la epistemología feminista, el pensamiento humano moderno y su vida social están distorsionados como fruto de las teorías, los conceptos, las metodologías y las bases del pensamiento que se construyeron solo sobre la experiencia masculina presuponiendo que eran la experiencia de toda la humanidad”.

⁹⁷ ESPINAR RUIZ, E.; *Violencia de Género y procesos de empobrecimiento. Estudio de violencia contra las mujeres por parte de su pareja o ex-pareja sentimental*. Tesis de Doctorado del Departamento de Sociología II, Psicología, Comunicación y Didáctica de la Universidad de Alicante, p. 40 y ss, en las que entiende las relaciones entre Patriarcado y Capitalismo: machismo es la Violencia Cultural y el Patriarcado la Violencia Estructural, en <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=11683>.

mujeres⁹⁸”. El Derecho actual sobre el que se edifica la sociedad moderna, se basa en el Derecho Napoleónico (Código Civil de 1804), cuya idea romántica de la debida fidelidad de la mujer a cambio de protección, tiene vigencia y legitimidad desde la costumbre, puesto que es un precepto ya derogado en el derecho positivo, pero vivo todavía en el comportamiento de muchos. En la nueva ley española de Violencia de Género se reconoce que “la agresión a una mujer es una violencia estructural fundada en normas y valores sociales que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos⁹⁹”.

Además del Patriarcado, también favorece este fenómeno la no presencia del Estado para las mujeres, por ejemplo en países como México, “la cultura de la discriminación en contra de la mujer se mantiene apoyada, entre otros, en fenómenos como la corrupción, la impunidad, la falta de capacitación de los funcionarios, la insuficiencia de recursos... Los Derechos Humanos de la mujer, no podrán considerarse debidamente protegidos hasta que no se establezcan las condiciones que permitan una vida digna a mujeres y hombres en este país. Para ello la visión de género debe prevalecer¹⁰⁰”.

Ante un fenómeno social como la violencia de género, que es intrínseca a la creación misma del Estado patriarcal, la efectividad de una ley dependerá también de sus aplicadores, quienes están imbuidos de las propias reflexiones y creencias sociales. Analizaremos más adelante cómo el problema de la violencia doméstica y de género en España ha tenido que ver con su aplicación en los juzgados más que con la redacción dada a las propias leyes existentes desde 1989.

⁹⁸ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, A., “La Violencia Familiar, un concepto difuso en el Derecho Internacional y en el Derecho Nacional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXIV, núm. 101, Mayo-Agosto, México D.F., 2001, p. 539.

⁹⁹ AÑÓN ROIG, M. J.; MESTRE i MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho” en *La nueva ley contra la Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid, 2005, p. 35.

¹⁰⁰ SALINAS BERINSTÁIN, L.; “La Conferencia de Beijing y los Derechos humanos de la Mujer”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, Nueva Época, núm. 48 Julio-Septiembre 1995 México DF, p. 103.

1.2.2. Modelos tradicionales de familia

Estos tipos sociales que perpetuaban la violencia se han heredado desde el inicio de los tiempos hasta la sociedad actual. Los modelos de familia sobre los que se sustenta la sociedad actual podrían encontrarse dentro de las siguientes categorías:

La *familia nuclear*¹⁰¹, que es la familia prototipo de la creación del Estado Moderno, típica de la Sociedad Occidental, puede dividirse en:

- Simple: que consta de los padres, esposo y esposa, más, como máximo, dos hijos, por lo tanto nunca sumará más de cuatro individuos. Ésta es muy común en España, ya que la mujer cada vez tiene menos hijos, la media de hijos es 1,5 por familia. La Sociedad española se hace vieja, hay muchos problemas de natalidad debido justamente a esos cambios que líneas atrás esclarecíamos: el retraso a la hora de contraer matrimonio, el paro o la salida del hogar de la mujer, hacen más complicado el tener descendencia. Por lo tanto el número desciende y los responsables de la educación en muchas ocasiones son los abuelos y los vecinos. Estas alteraciones en la conformación familiar generan mucho descontrol en las escuelas. No obstante, profundizar más en ello desbordaría los propósitos de este trabajo.

- Numerosa: los padres, sumándoles un número de tres o más hijos, por lo tanto siempre sumarán más de cuatro miembros.

- Binuclear: son familias que constan de dos adultos con niños que provienen de diferentes uniones anteriores.

La *familia extensa*, es la que esta compuesta por los abuelos, hijos, nietos, las tres generaciones conviviendo bajo el mismo techo, esta es todavía hoy muy común, pues es un fenómeno que lejos de su extinción, como hubiese podido estimarse en décadas anteriores, ha resurgido justamente por uno de los temas que aquí tratamos, que

¹⁰¹ MOFFSON, G.; “Reflexiones sobre la familia mexicana”, en *Boletín trimestral de la red en defensa de los Derechos de las Mujeres de las defensorías del Pueblo en la República Argentina*, Año 7, nº 19, Enero-Marzo 2006. “El estudio sobre la familia mexicana nos dice que la familia nuclear en México está compuesta por 4.5 miembros en promedio, lo cual nos habla de que son padre, madre y entre dos y tres hijos por pareja. El 81% de las familias están encabezadas por un hombre y el 19% por mujeres” Consultar en <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/doc/notired19.doc>. (Consultado en marzo 2008).

no es otro que la entrada de la mujer en el mercado laboral, viéndose muchos abuelos obligados a vivir su jubilación criando a los nietos¹⁰².

La *familia monoparental* se constituye por un cónyuge y los hijos. Cada vez en este tipo de familia es más común en las sociedades actuales¹⁰³. Por ejemplo, podemos hablar de una ciudad como Estocolmo, en la que la mayoría de las personas viven solas, los matrimonios duran muy poco y los que más resisten son los (matrimonios) mixtos, sobre todo que se componen de suecos con mujeres latinas, quizás debido a esta sumisión femenina tan arraigada todavía en la cultura latina. En México, este modelo familiar también viene siendo usual en muchos pueblos por un fenómeno mundial con especial trascendencia en esta parte del mundo; el fenómeno migratorio. Son muchos los padres de familia que han abandonado México para “pasar al otro lado” (a los Estados Unidos), dejando a mujeres e hijos en su país, una gran parte de las familias mexicanas están regentadas por mujeres debido a este fenómeno de la emigración. Según un informe de la CEPAL, en general en las grandes urbes de la región Latinoamericana, “la tendencia más notable es el aumento de los hogares monoparentales femeninos, que se relaciona desde una perspectiva demográfica con el aumento de la soltería, de las separaciones y divorcios, de las migraciones y de la esperanza de vida. Desde una perspectiva socioeconómica y cultural, obedece a la creciente participación económica de las mujeres que les permiten la independencia económica y la autonomía social para constituir o continuar en hogares sin parejas¹⁰⁴”.

¹⁰² *El País*, 15 de marzo de 2008, *Imposible conciliar sin abuelos; Los mayores salen en ayuda de sus hijas trabajadoras y cubren las carencias de la red escolar*”, artículo en el que se afirma que “El modelo de familia extensa no se ha extinguido, sino que resurge. Al alargarse la vida, conviven tres generaciones durante más años. El síndrome de la abuela esclava es el que sufren las que no saben decir no. “No nos hemos adaptado al nuevo modelo familiar de dos ocupados”.

¹⁰³ Inclusive familias unipersonales, según datos recogidos por el diario *El País*, 29 de noviembre de 2008, “*Minidosis para un mundo de solos. Tres millones de singles se han convertido en negocio: tienen más dinero y lo gastan. Para seducirlos, nuevas tiendas y nuevo etiquetado*”; en donde se asegura que “en España el 18% de los hogares son ya unipersonales, según la última encuesta de población activa. Hay más de tres millones de *singles* españoles; en 1991 no llegaban a 590.000. De todos los hogares creados en los últimos tres años, el 40% está formado por una sola persona. Es una tendencia creciente (en 2011 uno de cada cuatro hogares será unipersonal, según el Instituto de Política Familiar) y global (en Europa Occidental este tipo de hogares llegan al 30%, y en el mundo han pasado de 153,5 millones a 202,6 millones en 10 años, según la consultora Euromonitor).”

¹⁰⁴ ARRIAGA, I.; y ARANDA, V.; “Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales; necesidad de políticas públicas eficaces” *CEPAL, Naciones Unidas, División de desarrollo social*, Santiago de Chile, diciembre de 2004. p. 11.

Las familias *equivalentes*, que son parejas compuestas por homosexuales, amigos, parejas de hecho, etc. En muchas de las sociedades de lo que podemos denominar el primer mundo, el debate más actual es el de las uniones homosexuales. En los Estados Unidos, ya ha sido éste, tema de debate electoral y motivo principal de pérdida de elecciones por los Demócratas en el año 2000. En España se aprobó la ley que permitía este tipo de enlaces apenas hace unos años¹⁰⁵. Pero el hecho de su aprobación en las Cortes, no implica que no se haya producido un clamor en los sectores más tradicionales que, fundados en la tradición cristiana, alegan que sólo se puede denominar matrimonio a la unión de un hombre y una mujer cuyo fin sea la procreación y que, el resto de uniones no constituyen un matrimonio y, por tanto, no deben denominarse así. Como grupo vulnerable, el de los homosexuales, comparte discriminación como el de las mujeres en todo tipo de sociedad. Recordemos que hasta hace treinta años, la relación homosexual entre adultos estaba penada en Alemania y perseguida en España por la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970. Desde 2005 se igualaron a las posibilidades y derechos de la pareja heterosexual, con la subsiguiente repercusión en el modelo de familia. En México DF el debate ha llegado a buen puerto, aprobando el Gobierno capitalino el matrimonio homosexual el 21 de Diciembre de 2009, convirtiéndose de esta manera en la primera de América Latina en reconocer los derechos civiles de estas parejas.

1.2.3. Cambios

El Patriarcado fue tolerado desde su inicio, es más incentivado, y no fue hasta finales del s. XX, cuando su estructura dejó de convencer, sobre todo a mujeres que decidieron asociarse y luchar por sus derechos, los cuales habían sido ignorados desde tiempos remotos. Así comenzó el Nuevo Movimiento Feminista de los años 60, mujeres que (basándose en la Revolución Francesa y Olympe de Gouges y en el movimiento de las “Suffragettes” de la Inglaterra de Mary Woollstonecraft y Stuart Mill) continuaron la lucha por el reconocimiento de los derechos de las mujeres. En verdad, el primer paso para enfrentarse a un problema social es hacerlo visible y, éste ha sido uno de los

¹⁰⁵ LO 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*.

objetivos iniciales de las feministas¹⁰⁶. De ello resultó esta organización de Mujeres en los Estados Unidos, y cuyas reivindicaciones comenzaron a expandirse por el resto del mundo, convirtiéndose en un Movimiento Social importante para luchar por una causa tan fundamental como es la consecución real de lo que en Naciones Unidas se venía pregonando desde hacía 20 años, la igualdad formal entre hombres y mujeres.

La transición que experimenta la familia occidental actualmente arranca sobre todo de la crisis del Patriarcado¹⁰⁷. En los últimos años, al menos en las familias del viejo continente se han producido cambios estructurales, pues ha incrementado la esperanza de vida, la longevidad se ha incentivado por los Estados de Bienestar; cambios ideológicos, pues los jóvenes han retrasado la edad del matrimonio, incluso muchos no se casan y sencillamente cohabitan como parejas de hecho y, lo más desconcertante es, que además, las exigencias económicas (sobre todo desde la Revolución Industrial del s. XIX), han hecho que la mujer salga de la casa para pasar a formar parte del mercado de trabajo; quizá esa independencia económica sea causa del incremento del número de divorcios y las familias ya no son tan extensas, en muchos países predominan las familias monoparentales, regentadas por mujeres. Pero con el salto al mercado de trabajo de la mujer que se ha producido en los últimos años, ésta ve mermado su tiempo y más que liberación, dignificación o empoderamiento¹⁰⁸, (empowerment, que parece ser el término más adecuado para la situación), supone una carga extra. Se consigue con ello que el marido no sea el que tenga el monopolio económico intramuros, y supone un hito importante que demuestra que se abren caminos para la conformación una familia post-patriarcal dentro de las nuevas demandas de la Sociedad Democrática en la que estamos inmersos. La mujer ha salido

¹⁰⁶ ALBERDI ALONSO, I.; *Cómo reconocer y cómo erradicar la Violencia contra las mujeres, Violencia: Tolerancia Cero*, Programa de prevención de la Obra Social “La Caixa”, Barcelona, 2005, p.26.

¹⁰⁷ Para más información, consultar FLAQUER i VILADEBÓ, L.; “El ocaso del Patriarcado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3º época núm. 4, 2001, Granada, España. p.8.

¹⁰⁸ Empoderamiento es el término utilizado por las feministas latinoamericanas para hacer referencia a la dignificación de los derechos de las mujeres.

al mercado laboral (a la economía de mercado), pero todavía no ha conseguido que el hombre participe de la Economía del cuidado¹⁰⁹.

Ya en algunos países como Holanda, Bélgica, Dinamarca, España, Canadá y Sudáfrica se ha aceptado el matrimonio homosexual, y desde hace varios años en la mayoría de los países sobre todo de occidente, las relaciones de hecho o *more uxorio*, se vienen equiparando a las matrimoniales.

Estos son los cambios que la familia típicamente nuclear con la que se creó el Estado Moderno está experimentando, y en cuyos cambios las mujeres tienen un papel más activo que los hombres. Estos últimos no comprenden que la mujer sea independiente y no tolere la sumisión como estilo de vida, lo cual genera en él un sentimiento de falta de control al que no está acostumbrado, canalizándolo en muchas ocasiones, a través de la violencia. “Los modelos socio-culturales están transformándose significativamente y el reconocimiento de la mujer como persona y no como instrumento de afirmación enfermiza, es hoy, en la mayoría de los casos, una realidad generalmente aceptada, pero ello no ha supuesto una disminución de la violencia de género, sino un recrudecimiento de la misma¹¹⁰. Supone una falta de control del hombre porque ésta se ha incorporado al mercado laboral y cuenta con una suficiencia económica de la que antes carecía. Y porque las agresiones violentas trascienden del ámbito privado y ya no se teme a la denuncia pública como antes debido a la reprobación social¹¹¹”.

¹⁰⁹ Las motivaciones cada vez son más fuertes gracias a políticas públicas que facilitan justamente ese ensamblaje del hombre en el cuidado. Así se desprende del uso de nuevos mecanismos como la ampliación del permiso de paternidad de 13 días a cuatro semanas anunciado por el Gobierno en Diciembre de 2008, no hay una fecha pero sí un compromiso político del Gobierno para llevarlo a cabo. Según la portavoz de CIU se trata de “dar un nuevo impulso a las familias y la implantación de los hombres en el cuidado de los hijos”. Consultar El País 10 de Diciembre de 2008, “El permiso de paternidad se ampliará a cuatro semanas”.

¹¹⁰ Quizás el caso más acuciante sea el que ha tenido lugar en Ciudad Juárez, como reconoce la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso González y otras (Campo Algodonero) VS México” de 16 de noviembre de 2009 a la que haremos mención más adelante, en cuya p. 39 “el Estado explicó que desde 1965 empezó en Ciudad Juárez el desarrollo de la industria maquiladora, el cual se intensificó en 1993 con el Tratado de Libre Comercio con América del Norte. Señaló que, al dar preferencia a la contratación de mujeres, las maquiladoras causaron cambios en la vida laboral de éstas, lo cual impactó también su vida familiar porque “los roles tradicionales empezaron a modificarse, al ser ahora la mujer la proveedora del hogar”, consultar en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=327>

¹¹¹ RIADURA MARTÍNEZ, M. J.; “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en

En otros países, concretamente algunos de confesión islámica, como pueden ser Gobierno de Irán, se mantienen prácticas como la lapidación para la adúltera (y un sin fin de castigos corporales para delitos que nos recuerdan más bien a los pecados religiosos), o el régimen Talibán de Afganistán, que obliga a las mujeres a utilizar el burka integral, pretenden con ese conservadurismo volver a una Sociedad donde el padre es la figura principal y la organizadora del cosmos familiar. También resaltar la práctica de la ablación de clítoris en algunas tribus del Norte de África. Todas estas medidas están destinadas a salvaguardar el honor y bienestar del hombre en detrimento de las libertades de la mujer. También, y como práctica ancestral en otro colectivo histórico, destacamos el valor de la virginidad en la mujer gitana, de tal manera que las mujeres de la familia realizan la prueba del pañuelo a la mujer el día de la boda, otra de las prácticas que encasillan a las mujeres en papeles tradicionales.

En realidad quedaron muy pocos reductos en el mundo ajenos a las garras del Patriarcado. A modo de apunte, podríamos mencionar el caso de las Islas Trobriand en las que habita la comunidad Melanésica, al Noroeste de Nueva Guinea en África. Uno de los padres de la antropología Moderna, MALINOWSKI, llevó a cabo un estudio¹¹² en este paraje singular, llegando a la conclusión de que aunque dicha Sociedad se constituyese en un Matriarcado (pues las relaciones sociales están gobernadas por un número de principios legales en el que el más importante es el Derecho Matriarcal, que establece que el niño está corporalmente relacionado y moralmente ligado por parentesco con su madre y con ella solamente”)¹¹³, existía violencia del hombre contra su mujer. Así lo deducimos de una de las historias de vida que se narran en su estudio antropológico: “Mwakenywa..., un hombre de alto rango, grandes poderes mágicos y destacada personalidad, cuya fama ha llegado hasta nuestros tiempos a través de dos generaciones, tenía entre otras una esposa de nombre Isowa’i por la que sentía gran afecto. Acostumbraba pelearse con ella, y un día, en el curso de una violenta discusión, la insultó de la peor forma posible (kwoy lumuta), usando una expresión que

La nueva Ley contra la Violencia de Género (L. O 1/2004, de 28 de Diciembre), en BOIX ROIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E., (Coordinadores), Madrid, 2005, p.94.

¹¹² MALINOWSKI, B.; *Crimen y Costumbre en la Sociedad salvaje*, 6ª Edición, Barcelona 1982.

¹¹³ *Idem.* p.91

especialmente de marido a mujer se hacía intolerable.”¹¹⁴ En esta historia primero se suicida la mujer, pues así lo exigía la costumbre del lugar (saltando desde una palmera), pues era lo propio conforme a la idea tradicional del honor, al día siguiente se suicidó él cumpliendo así con la tradición.

1.3. La religión

La tradición Judeo-Cristiana es la imperante en España ya que fuimos provincia del Imperio Romano, por lo que el proceso de inculturación produjo que las tradiciones anteriores (de los pueblos que formaban la península como los Celtas o los Iberos) quedaran sumergidas. Desde entonces la religión oficial fue el Cristianismo, superando todas las conquistas o injerencias de otras culturas posteriores como la Visigoda del s. V (el Rey Recaredo abjuró del Arrianismo y se convirtió al Cristianismo) y la Islámica (que desde el año 714 convivió en nuestro país por siete siglos) que no logró sobrevivir después de 700 años. En 1492, mientras los Reyes Católicos expulsaban los últimos bastiones islámicos de Granada, comienza la expedición de Cristóbal Colón a las Indias Occidentales donde, tras una intensa Evangelización, se consigue imponer también allí el Cristianismo¹¹⁵.

El Dogma Cristiano propone las reglas del monoteísmo, la visión del mundo que gira en torno a un Dios masculino, por el que se desencadena a nivel terrenal todo un entramado patriarcal¹¹⁶. Sin embargo, por ejemplo, en el México precolombino existían

¹¹⁴ idem. p.115

¹¹⁵ La expedición de Colón llegó a México a manos de Hernán Cortés en el año 1519, y desde entonces la inculturación cristiana en ese país perdura hasta nuestros días, aunque en muchas regiones el sincretismo religioso es notable pero sin duda el culto, por ejemplo a la Virgen de Guadalupe es incuestionable.

¹¹⁶ Ya no digamos todas las Iglesias venideras y derivadas (de la Católica o la Anglicana, etc). Escisiones que se conocen como sectas y en donde los ritos de iniciación y los estilos de vida requieren muchas veces mujeres cosificadas. Valga como ejemplo una noticia aparecida en el diario El País el 5 de abril de 2008 “La policía de Tejas libera a 52 niñas de una secta poligámica por presuntos abusos”, que narra el hallazgo de una secta en Texas, Estado Unidos, de 10.000 miembros, la cual “se escindió de la principal iglesia mormona hace más de un siglo. Sus miembros creen que un hombre debe tener por lo menos tres esposas a fin de ascender al cielo. Por su parte, a las mujeres se les enseña que el camino al cielo depende de la sumisión hacia el marido. La poligamia es ilegal en Estados Unidos, pero las autoridades supuestamente no quieren un enfrentamiento con la secta por temor a que degeneren en una tragedia similar a la ocurrida en 1993 con la secta davidiana en Waco, Tejas, donde murieron 80 personas.” También asistimos hoy en día a una especie de cisma en la Iglesia Anglicana, ante la ordenación de mujeres obispos, noticia aparecida en el diario El País, a 16 de junio de 2008, ya que más de 500 prelados han amenazado con salir de la congregación al considerar vulnerados sus derechos.

diferentes pueblos con diferentes culturas y religiones, como la Maya o la Azteca. Con carácter general, en las religiones Mesoamericanas la concepción era dual: femenino y masculino, por lo que al menos en la teoría debió existir una sociedad equitativa. El templo no fue exclusivo de los hombres, pues las mujeres dentro del desempeño de sus diferentes cargos, también fueron sacerdotisas. En la antigua sociedad Maya, el linaje se transmitía a través de la línea femenina¹¹⁷, parecía una sociedad avanzada, en cuanto que la mujer tenía su importancia en el mundo familiar desempeñando las labores del hogar, por supuesto, pero también fuera del mismo, “las mujeres participaban en esta organización en múltiples trabajos, además de los considerados propios de su sexo¹¹⁸”. Las mujeres mayas desempeñaron trabajos manuales fuera del hogar (fueron vendedoras, pochtecas o comerciantes, hilanderas, tejedoras, bordadoras, costureras, pintoras, alfareras, realizaban la cestería e incluso la albañilería), también trabajos sociales (como relacionar familias, el cual todavía existe en las indígenas), trabajos intelectuales (sacerdotisas, escribas, maestras, parteras y médicas, astrólogas, brujas y hechiceras), trabajos políticos (conductoras y líderes de su pueblo, gobernantas, guerreras) y por supuesto también ejercían la profesión más antigua del mundo: la prostitución¹¹⁹. Hace siglos estas labores eran bien vistas en aquella sociedad, sin embargo, hoy en día algunos de ellos son oficios que en las sociedades española y mexicana del s. XXI quedan casi vedados a las mujeres. Con lo que se confirma la Teoría de género, por la cual, la sociedad no viene marcada por el sexo o lo biológico, sino por el “género”, la parte cultural que lo soporta. De ahí se explica que no es el sexo el que determina que las mujeres se dediquen a unos trabajos u otros, puesto que las mujeres (biológicamente) son iguales en todos los países y a lo largo de todos los tiempos, sino que viene determinado por lo que culturalmente, específicamente en cada sociedad y en cada tiempo, se espera de unos y otras.

Los Mexica, que eran los que habitaban la antigua Tenochtlán (hoy el DF), eran un pueblo guerrero y de corte Patriarcal, “la familia azteca tenía un carácter patriarcal, sujeta a la autoridad absoluta del padre, quién tenía derecho de vida o muerte sobre sus

¹¹⁷ GARZA TARAZONA, SILVIA, *La Mujer Mesoamericana*, Editorial Planeta Mexicana, México DF, 1991, p. 71

¹¹⁸ Idem. p. 27

¹¹⁹ Idem. p. 30-46

hijos y resolvía todo lo concerniente al núcleo familiar”¹²⁰ y en el que se sacrificaban niñas vírgenes para los Dioses. Pero el Patriarcado fue una imposición europea ya que en el s. XV éste estaba más desarrollado en el viejo continente que en las civilizaciones Americanas¹²¹, por lo que a la llegada de los españoles, con la creencia en un solo Dios, masculino y todopoderoso, las mujeres desaparecen de los templos y de los ritos y sacrificios religiosos, espacio en el que habían tejido un cierto protagonismo¹²². Desde entonces hasta ahora, en el mundo Occidental se generalizó la imposición de la religión Cristiana y Católica, mientras que en el mundo Oriental se imponía la Islámica, ambas de rango monoteísta, que alaban a Dios o a Yahvé, representado en la tierra por dos hombres respectivamente: Jesucristo y Mahoma. Han quedado muy pocos reductos sociales en los que pueda distinguirse otro tipo de religión de carácter más ancestral sin influencias de una u otra religión posterior.

La religión Cristiana por tanto, no ha ayudado a la liberación y dignificación femenina, sino que por el contrario, ha servido de soporte a la tradición patriarcal. En cierta manera la doctrina de la Iglesia siempre pregonó la superioridad del hombre frente a la mujer, conclusión a la que no es difícil llegar analizando el origen de la creación del mundo¹²³, o lo que en el rito matrimonial esposa y esposo se juran: “en la alegría y en la adversidad... hasta que la muerte nos separe” o “lo que Dios ha unido que no lo separe el hombre”. Frases que se tornan criticables cuando las mujeres se ven con la obligación de aguantar una situación de violencia tan sólo porque se trata de su marido, al que juró amor eterno. Más adelante veremos las consecuencias de este dogma y su relación con el divorcio¹²⁴.

¹²⁰ MUÑOZ VILLARREAL, A., *La Organización del Trabajo en el Imperio Mexicano*, Madrid, Octubre, 2006 consultar en http://www.graduadosocial.com.es/elgraduado/49/imperio_mexicano.html.

¹²¹ MAJFUD, J.; EN *Las trampas de la moral. Mujeres, homosexuales y la tradición del Patriarcado Latinoamericano* en <http://majfud.50megs.com/patriarcado.htm>.

¹²² ALBERDI, I.; *Cómo reconocer y cómo erradicar la Violencia contra las mujeres, Violencia: Tolerancia Cero, Programa de prevención de la Obra Social La Caixa*, Barcelona, 2005, p. 31.

¹²³ La historia del pecado original: Eva responsable de dicho pecado original, inicio del concepto de la mujer pecadora.

¹²⁴ Ver Cap. I, III, 3, 3.2.

El sacramento del matrimonio es requisito imprescindible para crear una familia cristiana, la sujeción que este requisito provoca en las mujeres culturalmente cristianas, (la mayoría en nuestro país) hacen poco factible una posible ruptura, negando dinamismo a estas relaciones interpersonales ya que el postulado de la Iglesia va en contra del divorcio. El conflicto moral que se genera en muchas mujeres educadas en la Fe católica, es lo que las retiene e impide pensar en soluciones, pues sería ir en contra de su educación y del sistema, que le ha enseñado a aguantar situaciones difíciles como la violencia.

El dogma cristiano hoy sigue siendo estricto, especialmente desde la interpretación de algunos religiosos. Parece que la quema de brujas de la época de la Inquisición medieval y de principios de la Edad Moderna se hace revivir en el s. XXI, culpando a la propia mujer de la situación de violencia. Hubo una gran polémica en nuestro país debido a un artículo publicado en la prensa donde Rouco Varela, Cardenal de la Diócesis de Madrid, culpaba del maltrato a las propias mujeres debido a la Revolución Sexual que estaban provocando en la Sociedad¹²⁵, comentario al que rápidamente el Gobierno, la oposición y las asociaciones de mujeres respondieron.

El término *Revolución Sexual* fue adoptado por KINSEY¹²⁶ a mediados del siglo XX, con su obra *El comportamiento sexual del varón*. Su doctrina rompió con lo políticamente correcto hasta entonces, y las consecuencias más directas de tales divulgaciones científicas fueron las de separar y justificar éticamente la actividad sexual y la procreación (sexo sin procreación), y el ejercicio de la sexualidad fuera del matrimonio (amor libre): la separación en general entre la actividad sexual y el amor¹²⁷. Como consecuencia de esto último, el citado prelado estima que la Violencia Doméstica es un fruto amargo de la Revolución Sexual, cuando – como hemos hecho referencia- el término proviene de los años 50, y la génesis de dicha violencia tiene una raíz mucho

¹²⁵ El País, miércoles 4 de febrero de 2004, “*Los obispos quieren llevar a la escuela su doctrina sobre sexo y violencia doméstica*”.

¹²⁶ consular: KINSEY, Alfred C.; *Conducta sexual de la mujer* con el apoyo del Instituto de investigaciones sexuales, de la Universidad de Indiana, versión al castellano de Juan Pablo Echagüe, Buenos Aires, 1954 y, del mismo autor: *Conducta sexual del varón*, traducción al español por el Dr. Federico Pascual del Roncal, 1ª ed. española, México DF. de 1949.

¹²⁷ TARASCO, M.; “El informe Kinsey: Falsedades mundialmente difundidas. Investigaciones sobre la sexualidad humana”, que puede consultarse en <http://www.conoze.com/doc.php?doc=1422>.

más arcaica. Además, el mismo Observatorio contra la Violencia Doméstica afirma en el mencionado artículo periodístico, saliendo al paso de las acusaciones vertidas por la Iglesia hacia las mujeres, que las demandas de Orden de Protección a las víctimas son más abundantes entre las mujeres que están o han estado casadas. La Presidenta del Observatorio cree que los obispos no han cotejado estos datos antes de hacer semejantes declaraciones¹²⁸.

Haciendo una breve mención a Oriente, comprobamos que la mujer islámica tampoco goza de mejores condiciones, ya que reserva para las mujeres auténticos castigos corporales, por tradición como respuesta penal. Sólo con mencionar qué es la ablación o mutilación genital femenina, y cómo se practica, demuestra la cultura sexista que se estila en parte de la comunidad musulmana. La Shari'a es el Derecho Divino, porque está revelado por Dios, y se sitúa para los fieles por encima de cualquier derecho u ordenamiento jurídico civil, por lo que si algún Derecho Fundamental lo contradice (que además es una creación occidental, lo cual potencia aún más su rechazo), este último queda fuera de juego. Dicha Ley Divina define en parte el rol de la mujer musulmana: la penalización del adulterio o el régimen de poligamia son formas que favorecen la personalidad masculina en detrimento de los derechos fundamentales femeninos. Como decimos, uno de los abusos más conocidos en esta cultura es la ablación, esta práctica es muy común todavía aunque no es general del Islam, sino que se practica sólo en algunos países. Se explica y justifica en la medida que favorece el aseguramiento para el hombre de la fidelidad de su mujer. Se lleva a cabo sobre niñas y es requisito indispensable para que puedan casarse. Su fin es eliminar el placer sexual en la mujer, es sencillamente la mejor forma de convertir a las mujeres en fieles esposas.

Respecto de la ablación, normalmente se suelen distinguir tres tipos básicos de intervenciones:

- la clitoridectomía o circuncisión femenina (la Sunna): es la extirpación del prepucio clitoridiano o del clítoris en su totalidad.

¹²⁸ El País, miércoles 4 de febrero de 2004, "Los obispos quieren llevar a la escuela su doctrina sobre sexo y violencia doméstica."

- La escisión: aparte de la extirpación total o parcial del prepucio clitoridiano, del clítoris, también se cortan los labios menores dejando los labios mayores intactos.
- La mutilación más radical, conocida como la circuncisión faraónica: consiste en la amputación del clítoris, de los labios menores y de los labios mayores¹²⁹ y la infibulación, que consiste en el cosido y cerramiento casi total, -salvo el mínimo indispensable para la evacuación de las necesidades fisiológicas- de los labios mayores y menores de la vulva, con diversos materiales: fibras vegetales, alambre, hilo de pescar.¹³⁰ Esto puede conllevar unas consecuencias muchas veces mortales para la mujer objeto de la misma, y en el mejor de los casos, de infecciones y problemas derivados. Incluso provoca una manera diferente al caminar, que es vista como estética en las mujeres islámicas.

Como colofón a este tipo de prácticas, baste añadir que son las propias mujeres de la tribu o de la comunidad las que la realizan (no los hombres), y no por ello deja de ser una práctica imbuida de los patrones del “género”, además sin previo aviso sobre la niña y en una falta de condiciones higiénicas totales. Se suele llevar a cabo mediante botellas rotas o cuchillas. La finalidad es clara: acabar con el apetito sexual de las mujeres y fomentar su papel de madres y fieles esposas. Hay multitud de bienes jurídicos en juego como la dignidad, la integridad física y la libertad sexual, así se deduce de los numerosos Convenios internacionales que existen sobre la materia, mencionar algunos a nivel internacional como son La Declaración de los Derechos del niño, La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación hacia la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Aún así, según un estudio de Amnistía Internacional, esta práctica se realiza en 29 países de África y tres de Oriente Próximo, así como en comunidades de emigrantes en todo el mundo¹³¹. El Protocolo de Maputo en 2005 y la

¹²⁹ BENITO DE LOS MOZOS, A. I.; “El rol tradicional de la mujer y su incidencia en la existencia de la violencia de género”, en *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*, Eva María Martínez Gallego y Justo Reguero Celada (coordinadores), Ed. Comares, Granada, 2004, p.199.

¹³⁰ “Clitoridectomía e infibulación” consultar en <http://www.proyectopv.org/1-verdad/clitoridec.htm>. consultado en marzo de 2008.

¹³¹ Mujeres en red, “Mutilación genital femenina” en <http://www.nodo50.org/mujeresred/msf.htm>. (Consultado en marzo de 2008).

Declaración de Dakar del mismo año son instrumentos de la legislación regional (África) para la lucha contra la Mutilación Genital femenina.

En España las niñas que pertenecen a estas comunidades inmigrantes corren el riesgo de ser intervenidas en este sentido, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras si los padres así lo deciden, por lo que también se ha puesto límite penal a la realización de dicha práctica a través de la LO 11/2003 de 29 de Septiembre, que modifica el código penal en su art. 149 mencionando expresamente en su apartado 2: “*la mutilación genital femenina es un delito de lesiones que se castigará con una pena de 6 a 12 años*”, a lo que la LO. 15/2003 añade la posibilidad de expulsión del país al padre que la llevase a cabo sobre su hija. La cuestión es si en realidad este tipo de prácticas no estaba de alguna manera ya tipificado en el código penal mediante *la causación a otro por cualquier medio o procedimiento la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal*¹³² sin necesidad de establecer un tipo especial, ya que aunque la pena es la misma, a efectos lingüísticos pareciera que se diferencia esta zona femenina de su consideración como órgano principal, en cualquier caso supone un problema jurídico que excede los límites de este trabajo y que por tanto no es menester desarrollar aquí. Una última reforma amplía la protección en 2005 a la persecución incluso de aquellos casos en los que se aproveche la salida de la menor a su país de origen durante las vacaciones para la práctica de la mutilación genital. Proposición de Ley (2005) promovida por el grupo catalán CIU, que fue aprobada por el Congreso el 23 de junio de 2005 y que entró en vigor el 29 de junio del mismo año y que conllevó una reforma de la LOPJ. Todo este arsenal de reformas legales se vieron precipitadas en España por el incremento de inmigrantes provenientes de África y casos de mutilación genital denunciados en Barcelona y Girona.

En realidad renunciar a un orden moral estatal no significa que los ciudadanos tengan que renunciar a sus principios éticos, sino que los principios éticos no pueden ser impuestos coercitivamente a una sociedad, por eso “no porque un grupo social africano asentado en España estime que es una exigencia moral la ablación del clítoris, debe el

¹³² En el mismo **art. 149.1 CP** *el que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.*

Derecho penal aceptar tal orden moral y dejar impunes a quienes lo practiquen. Debe castigarse tal conducta como delito de lesiones, porque merma la integridad física de la mujer, lo que es una cuestión objetiva, y sin que el castigo de la ablación tenga significado alguno como adscripción de la víctima y su grupo social a una moral sexual impuesta por parte del Estado o del legislador¹³³”.

1.4. Otros factores de riesgo. El alcohol y los celos

Nos referimos en este punto a factores y no causas propiamente, puesto que coincidimos con la idea de que “es preciso diferenciar entre causas de la violencia doméstica y factores que la refuerzan debido a que, con frecuencia, aparecen unidos. La violencia doméstica surge a veces relacionada con las drogas, el alcoholismo, el paro o los problemas psíquicos de los agresores, y ello hace pensar que éstas son las causas. Pero estas formas de marginación social no son más que los factores que la acompañan y pueden ayudar a que se ponga de manifiesto. Las causas de la violencia doméstica son algo más profundo, y más arraigado en nuestra cultura¹³⁴”.

El alcohol, como causa exógena¹³⁵ de la violencia de género, no denota distinciones en su abuso. Todo aquel consumidor habitual va a experimentar una desinhibición o falta de responsabilidad total por sus actos, lo que aplicado al tema de la violencia en la casa, conlleva situaciones tan trágicas como las que están aconteciendo: muerte de mujeres a manos de sus parejas o ex-parejas sentimentales.

¹³³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J.; *Curso de Derecho penal. Parte General*, ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 4.

¹³⁴ ALBERDI, I., MATAS, N., *La Violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Colección de Estudios Sociales núm. 10, Fundación “La Caixa”, 2002, p. 102.

¹³⁵ LANZOS ROBLES, A., “La Violencia Doméstica (Una visión general)”, *La Violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos*, Madrid 2001, donde se distinguen causas endógenas (haber sufrido violencia en la infancia y juventud por imitación, etc, y causas exógenas (alcohol, drogas, inadaptación familiar, laboral...), p.136. Consultar en el mismo sentido GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 5ª ed. corregida y aumentada. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 100 y ss, el cual se hace eco de los términos utilizados por el positivismo criminológico que “inserta el comportamiento del individuo en la dinámica de causas y efectos que rige el mundo natural o el mundo social: en una cadena de estímulos y respuestas, determinantes internos, endógenos (biológicos) o externos, exógenos (sociales), explican su conducta inexorablemente”.

Un estudio de GROSMAN en Buenos Aires, demuestra que “el alcoholismo es un componente de una estructura familiar violenta y por tanto no puede ser tomado como un elemento determinante, sino sólo como uno de los factores que, en combinación con las condiciones facilitadoras de la agresión, la potencian.”¹³⁶ Es enorme la cantidad de mujeres que está ingiriendo medicamentos para soportar la vida o “su” vida, mientras que los hombres suelen consumir otro tipo de sustancias para consolarse: alcohol, tabaco, sexo, juego, velocidad o riesgo¹³⁷. El sociólogo mexicano ROSETE hace una investigación en la Ciudad de México, donde reconoce que la relación alcohol-violencia intrafamiliar guarda nexos culturales muy poderosos, ya que los cónyuges y las madres jefas de familia aprenden un rol de violencia al observar que sus actos son socialmente perdonados y excusados de su conducta violenta si esta ocurre mientras que injiere alcohol o droga. La adicción adquiere entonces una función social, que no sólo favorece la tolerancia a la violencia intrafamiliar entre los miembros del grupo, sino que además llega a ser un instrumento de dominación doméstico usado para excusar el ejercicio ilegítimo de la fuerza contra individuos subordinados, que generalmente son menores de edad¹³⁸.

Extrañamente, en Sociedades que creemos tan avanzadas como las nórdicas, comprobamos sin embargo que el índice de femicidios nada tiene que envidiar al resto de países menos desarrollados tanto económica como culturalmente¹³⁹, por lo que se hace necesario acudir a factores como los climáticos o el abuso de bebida alcohólica, que provocan que el carácter en muchos hombres se dispare hasta esos extremos de acabar con la vida de la compañera sentimental. Debe aclararse que no todos los que beben alcohol adquieren una actitud violenta, aunque hay evidencia de que un individuo

¹³⁶ GROSMAN C., MESTERMAN, ADAMO, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, Ed. Universidad. Buenos Aires 1989, p.212.

¹³⁷ MILLÁN SUSUNOS, R., “Intervención social grupal. Integrando la perspectiva de género (promoción de relaciones saludables y de buen trato), Atención primaria INSALUD”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol.18, 2005. p.336

¹³⁸ ROSETE, D.; “Pobreza urbana y violencia doméstica en hogares de la Ciudad de México. Ciudades, participación y riesgo”. *Sociología*. Facultad de Ciencias Políticas y sociales. Núm. 22, Enero-Abril, 1998. p.38

¹³⁹ Centro Reina Sofia. II Informe Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y Legislación 2007, p. 33, en el que la relación de países con mayor número de prevalencia de femicidios por millón de mujeres es la siguiente: Estonia, Bélgica, Hungría, Rumanía, Eslovaquia, Austria, Eslovenia, Luxemburgo, Finlandia, Alemania, Croacia, Suiza, Holanda, Noruega, España, Reino Unido, Italia, Suecia, Irlanda, Chipre, Andorra, Islandia y Malta.

bajo estrés que consume este tipo de bebidas está predispuesto a un comportamiento agresivo, aunque varían sus reacciones por género, edad y cultura. Algunos estudios antropológicos observan que el alcohol, pese a su efecto desinhibitorio no fomenta la violencia, sino simplemente favorece la expresión de emociones que pueden estar permitidas o no por un grupo social determinado¹⁴⁰.

Por una parte por tanto, en muchas sociedades, en su mayoría occidentales, en donde el consumo de este tipo de bebidas es usual y cultural, dicha sustancia podría formar parte del elenco de factores relacionados con los atropellos cometidos en la intimidad del hogar. Pero por otra parte, si contemplamos el dato de que el consumo de alcohol está prohibido en casi todos los países de religión musulmana (Orientales), y vemos la situación de sus mujeres, nos resulta fácil concluir que aunque en ellos no se ingiera alcohol la situación de violencia existe, lo que obliga a centrarnos nuevamente en las bases culturales, que van más allá del consumo de estas sustancias.

Desde la Psicología se responde que el maltrato contra la pareja es resultado de un estado emocional intenso-la ira-, que interactúa con unas actitudes de hostilidad, un repertorio de conductas pobre (déficit de habilidades de comunicación y de solución de problemas) y unos factores precipitantes (situaciones de estrés, consumo abusivo de alcohol, celos, etc.), así como de la percepción de vulnerabilidad de la víctima¹⁴¹. Lo cierto es que el hombre una vez ebrio sabe con quién descargar su furia: no es con el jefe, ni con un amigo, es con su mujer. Rotas las inhibiciones relacionadas con la otra persona, la utilización de la violencia como estrategia de control de la conducta se hace cada vez más frecuente. El sufrimiento de la mujer, lejos de sentirse en un revulsivo de la violencia y en suscitar una empatía afectiva, se constituye como un disparador de la agresión¹⁴². En realidad, desde la perspectiva del Derecho penal, la doctrina estima

¹⁴⁰ RAMOS LIRA, LUCIANA, ROMERO MENDOZA, MARTHA COAT Y JIMÉNEZ ELISA COAUT “Violencia Doméstica y maltrato emocional. Consideraciones sobre el daño psicológico en Cortés”, 1998, *Boletín de salud reproductivo y sociedad*, Año II, núms. 6-7, Mayo-Diciembre 1995, México DF, p. 22.

¹⁴¹ ECHEBERÚA ODRIOZOLA, E., “Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja”, Catedrático de Psicología Clínica de la Universidad del País Vasco, en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*, CGPJ. Escuela Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2005. p.160

¹⁴² Ídem. p.161.

respecto del alcohol y las drogas, que “pese a la obsesión por hallarlos culpables y responsables de la violencia, sólo concurren en una de cada cinco agresiones, lo que permite desterrar la falsa creencia de que éstos son los principales móviles de la violencia familiar¹⁴³”.

En el trascurso de este trabajo nos sorprende por tanto, que el Congreso de los Diputados se dirija al Gobierno para hacerle la siguiente recomendación; que para los casos de violencia de género, en contra del carácter general de atenuante que tiene el consumo de alcohol, en el caso de la violencia de género no lo tenga¹⁴⁴, a lo que haremos alusión al hablar de la culpabilidad del agresor en el capítulo V de este trabajo.

Los celos se constituyen como una causa endógena y han provocado centenares de asesinatos cometidos en “nombre del amor”. Son los románticamente denominados crímenes pasionales o antiguamente denominados “crímenes por honor”, por el honor de la familia o del cónyuge (hombre) engañado. Es un comportamiento que ha estado legalizado bajo la figura del uxoricidio, que era el Derecho a matar a la esposa concedido al cónyuge varón que sorprendiendo *in fraganti* a su mujer con otro hombre. En el código penal español, los últimos coletazos de esta regulación son los recogidos por el art. 428 del código penal de 1944, se decía así:

El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer matase en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causase cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase, quedará exento de pena...

Dicha regulación estuvo en vigor hasta la Ley 79/1961 de 23 de diciembre de Bases para la revisión y reforma del código penal y otras leyes penales y que dio lugar al Código penal texto revisado de 1963 aprobado por Decreto 691/1963, de 28 de

¹⁴³ GIL RUÍZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad (L. O 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 220

¹⁴⁴ El País, 11 de noviembre de 2009, “El Congreso pide quitar la custodia al maltratador. La Cámara insta al Gobierno a que endurezca la ley. Aconseja cortar las visitas a los hijos si hay sentencia firme”

marzo¹⁴⁵. Era un artículo penal acorde con los postulados del código civil, puesto que todavía era portador de aquella idea romántica heredada de la época napoleónica de que la mujer debía obediencia a su marido y éste a cambio le ofrecía protección, por tanto si se rompía la fidelidad se rompía el pacto mismo del matrimonio y con ello los derechos de él emanados para las mujeres.

Pero muchos crímenes también se han debido a los celos infundados, se han cometido homicidios preventivos de mujeres a manos de sus parejas por la simple creencia del posible futuro engaño, sin que éste ni siquiera hubiese llegado a ocurrir, o por la creencia errónea de su comisión. Otra de las chapuzas conceptuales ha sido la de crimen pasional, encubriendo lo que realmente es, un crimen sexista¹⁴⁶.

Ideas como ésta han ido justificando conductas en el hogar que extralimitaban lo permitido por la ley pero que siendo amparadas por la costumbre han permanecido en silencio hasta hoy¹⁴⁷. Veremos este aspecto del uxoricidio más detalladamente un poco más adelante, en el análisis de las causas de tipo legal.

2. CAUSAS DE TIPO ECONÓMICO

2.1. Restricciones en el acceso a la educación

Los hombres a lo largo de la historia han ejercido todas las profesiones posibles (esfera pública) en atención a su responsabilidad dentro del hogar como suministradores de bienes con fines de sustento. Sin embargo, las mujeres se han visto sujetas a la casa, por lo que hasta mediados del s. XX lo lógico era que una chica dejase de estudiar tras finalizar los estudios primarios o, como mucho, los secundarios, pues no iba a vivir de sus estudios sino de su marido. La mujer aprendía las labores del hogar, motivo suficiente que explica que la mujer no necesitara estudiar una carrera. Pero a raíz de los estudios de género de finales de los años 60 y 70 es mayor el número de mujeres que

¹⁴⁵ Más información en CRUZ BLANCA, M. J.; “Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Coord.); *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho reunidas, 2002, p. 28 nota al pie 28.

¹⁴⁶ AMORÓS, C.; “Conceptualizar es politizar” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 23

¹⁴⁷ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.; *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, 2004. p. 66.

sale a competir al mercado laboral, un mundo difícil porque la mujer lo que hace es incorporarse a un mundo que los hombres crearon y dominan desde entonces¹⁴⁸.

Esta situación ya fue descrita por Simone de BEAUVOIR de la siguiente manera: “económicamente, hombres y mujeres, constituyen casi dos castas; en igualdad de condiciones, los primeros tienen situaciones más ventajosas, salarios más elevados, más oportunidades de triunfar que sus competidoras recientes; los hombres ocupan en la industria, la política, etc., mayor número de puestos y siempre son los más importantes. Además de los poderes concretos con los que cuentan, llevan un halo de prestigio cuya tradición se mantiene en toda la educación del niño: el presente envuelve al pasado, y en el pasado, toda la historia ha sido realizada por los varones¹⁴⁹”.

La situación descrita por Beauvoir se manifiesta igual en el momento actual, así se desprende de el *Informe Juventud en España 2008* elaborado por el Instituto de la Juventud, en el que se resalta la desigualdad salarial existente entre chicos y chicas pues según los datos arrojados “entre el 86 y el 89% de los jóvenes varones españoles y entre el 70 y el 85% de las mujeres pueden vivir de sus ingresos. Sin embargo, también las mujeres siguen teniendo más problemas para incorporarse al mercado laboral pese a que la feminización del empleo ha aumentado en estos últimos cuatro años, alcanzándose una tasa de actividad femenina del 64,8% (lo que supone un aumento de casi un 5% respecto a 2004). El estudio constata la desigualdad de género existente en lo referido a los salarios: el sueldo medio de los jóvenes es de 963. 91 euros, siendo para los varones de 1076 euros y para las mujeres de 827, un 30% menos¹⁵⁰”.

Pero no debemos quedarnos sólo con lo negativo, también debemos barajar la hipótesis del cambio, pues desde que Beauvoir escribió esas palabras ha transcurrido algo más de medio siglo y no en balde. De esto dan cuenta las aulas de nuestras universidades en las que en pocos años, desde principios del siglo XX, se han visto

¹⁴⁸ Nos llama la atención una nota de prensa en la que se entrevista a la Catedrática de Economía Aplicada, Cecilia Castaño, quien asegura que los hombres son patosos sociales y las mujeres patosas tecnológicas, *El País*, 5 de Diciembre de 2008 “Es cierto: ellos son patosos sociales; y nosotras, patosas tecnológicas”, cuando en verdad esas habilidades no son innatas sino enseñadas.

¹⁴⁹ DE BEAUVOIR, S.; *El Segundo Sexo*, 1ª Ed., 2005, Madrid. p.55.

¹⁵⁰ El País 9 de Diciembre de 2008 “Uno de cada tres jóvenes apoya la pena de muerte. Las chicas siguen cobrando un 30% menos que los varones. El 40% no leyó ni un libro en un año y disminuye su interés por la política.”

ocupadas por las que hasta ese entonces fueron excluidas de la educación superior. Sin embargo, como ya mencionamos, el sexismo también ha imperado a la hora de escoger profesión, como si existiesen profesiones femeninas y profesiones masculinas, por lo que fundamentalmente la mujer ha desempeñado los papeles de maestra (muy relacionado con la educación de los hijos, sale de casa para seguir desempeñando el mismo rol) y la de enfermera (como cuidadora de la salud, haciendo extensible otra vez su mismo papel de la casa)¹⁵¹. Es cierto que los porcentajes de egresadas españolas alcanzan hoy en día casi el 60% a nivel global, pese a que su distribución sea muy distinta por especialidades al superar con mucho este porcentaje en las carreras socioeducativas, humanas y sanitarias, frente a las técnicas en las que apenas representan unos porcentajes anecdóticos¹⁵².

Todo esto vuelve al mismo origen que es el despegue de la personalidad femenina del s. XX, pues aunque la historia pasada se vea esporádicamente salpicada de alguna fémica ilustre, es anecdótico, más que común. Es curioso que algunos en plena crisis económica que azota al mundo en este último año (desde el año 2009), alguien se haya atrevido a hacer balance de cómo hubiesen sido las cosas si alguna de esas empresas que han llevado a tal descalabro internacional hubiese estado regida, o al menos compartida su gestión por mujeres, es decir, que “cada vez son más los que piensan que la economía y la política funcionarían mejor con más mujeres al mando. Hasta en el Foro Económico Mundial de Davos se llegó a esa conclusión, que Nicholas Kristof, columnista de *The New York Times*, resumió de forma ingeniosa: a Lehman Brothers, uno de los bancos caídos, quizás le habría ido mejor como Lehman Brothers... and Sisters¹⁵³”.

¹⁵¹ A esta distinción LARRAURI le da otra nomenclatura distinguiendo la ética del cuidado de la ética del derecho; “en tanto las mujeres responden normalmente a un modelo de la ética del cuidado, los hombres solucionan los conflictos atendiendo a una ética del derecho”, en LARRAURI, E. “Una crítica feminista al Derecho penal” en LARRAURI, E.; y VARONA, D.; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, p. 162.

¹⁵² GUIL BOZAL, A., “Mujeres, Universidad y cambio Social: tejiendo redes”, en las *I Jornadas de Sociología Sevilla 15 y 16 de Junio 2005, El cambio social en España. Visiones y retos de futuro*, en http://www.amit-es.org/download/ana_guil.pdf.

¹⁵³ El País, 25 de marzo de 2009, “Nos falta liderazgo femenino. La crisis saca a la luz las carencias de las empresas dirigidas solo por hombres. La mujer aporta un estilo mucho más cauto, ético y transversal frente al modelo autocrático”.

2.2. Restricciones en el acceso al dinero, dependencia económica

En la familia tradicional Patriarcal, la esfera privada (la casa, las tareas del cuidado) fue reservada para la mujer como ya apuntamos anteriormente, situación que le impide lograr fondos económicos propios, lo que ha provocado que su subsistencia haya estado subordinada a la caridad del padre primero, y del marido después, encargados por tanto de la esfera pública (de la cual provienen los fondos para invertir en la privada). El fenómeno denominado violencia económica ha consistido en no dejar la libertad de manejar dinero a las mujeres, asegurando de esta manera la petición de permiso para cualquier empresa, facilitando así su control.

Este control y ejercicio de violencia económica a mujeres que (todavía) no formen parte de la esfera pública de la vida puede prorrogarse infinitamente en la vida de las mujeres, incluso cuando la convivencia haya cesado, pues el impago de pensiones es otra baza con la que muchos hombres juegan incluso mediando la orden de un juez.

El control social informal que se ha ejercido sobre las niñas en casa ha sido diferente al que se ejerció sobre sus hermanos, lo cual en la época adulta se traduce en las relaciones de pareja, especialmente si la mujer está privada de independencia económica “experimenta el control doméstico ejercido por el marido, y que adopta diferentes modalidades: la cicatería con el dinero, la restricción de las entradas y salidas, el control del tiempo libre, y tiene su expresión extrema en los malos tratos y en las palizas¹⁵⁴”. El desapoderamiento de las mujeres y su falta de autoridad la explica DURÁN FEBRER desde un concepto que concede primacía al análisis de este fenómeno social, y es la falta de capacidad que padecen las mujeres de movilizar recursos¹⁵⁵.

El nuevo sistema de producción postfordista ha involucrado a las mujeres en el sistema, contabilizándose como una de sus características propias que justamente ha

¹⁵⁴ LARRAURI, E.; “Control informal: las penas de las mujeres” y “Control formal:...y el derecho penal de las mujeres” en LARRAURI, E. (Comp.), *Mujeres, Derecho Penal y criminología*, s. XXI, Madrid, 1994, p. 1 y 93 respectivamente.

¹⁵⁵ DURÁN FEBRER, M.; “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Artículo 14, núm. 17*, 2004, p. 8

hecho temer a los hombres la pérdida de su posición privilegiada a lo largo de los años. Una de las características de este sistema de producción por tanto, es la feminización de la fuerza de trabajo y, en este sentido en los últimos años las mujeres han servido al mercado, muchas ya están dentro de la economía, sin embargo, la duda es en qué situación quedan sus derechos como trabajadoras dentro del proceso económico que se enmarca en la Globalización, si siguen cobrando menos sueldo por el mismo trabajo, la flexibilización de sus derechos laborales, etc.

Este aumento del número de mujeres en el mercado laboral, y la no incorporación del hombre a las responsabilidades domésticas, hace necesarias políticas sociales en las que sea el propio Estado el que vele por la jornada de la “super-woman” con la promulgación de leyes como la LO 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y la Ley de Igualdad (LO 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), que arbitren una serie de medidas en pro de medidas que favorezcan la vida pública y privada de las mujeres. La crisis del Estado del Bienestar influye de manera directa en la vida de las mujeres pues los primeros gastos que se recortan son “gastos secundarios”, como las subvenciones de guarderías, lo cual se remedia de dos maneras, de un lado fomentando los contratos a tiempo parcial, y de otro lado flexibilizando los horarios de trabajo de las mujeres¹⁵⁶.

Lo que en los últimos años viene aconteciendo es la falta de capacidad del hombre para asimilar el proceso de incorporación de la mujer al mercado y la independencia económica de la mujer que dicha actividad reporta y esto tiene implicaciones directas en las situaciones de violencia. Ésta ha dado el salto a la economía de mercado dejando, eso sí, su papel intacto dentro de la economía de cuidado (la de la casa). Así afirma muchos estudiosos que éste factor también desencadena la violencia en la pareja, pues “una de las causas principales es la negativa de determinados hombres, imbuidos por los patrones culturales sexistas, para aceptar la nueva realidad en la que su mujer/pareja ya no depende en la misma medida de él. Esta falta de control sobre el hombre se debe, entre otras razones, al hecho de que ésta, al

¹⁵⁶ GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 79

incorporarse al mercado laboral, cuenta con una suficiencia económica de la que antes carecía¹⁵⁷. Sin embargo volviendo a la crisis económica actual se “empieza a poner en cuestión si los derechos adquiridos por la mujer en el mercado laboral y los hitos conseguidos en los últimos años pueden mantenerse¹⁵⁸”.

Por tanto, igual que en los epígrafes anteriores hemos destacado la influencia del modelo social del Patriarcado, ahora nos hemos centrado en el modelo económico del Capitalismo, pues “si analizamos la desigualdad de género como inscrita en un sistema de dominación patriarcal, con las mismas herramientas conceptuales podemos contemplar la desigualdad económica como un sistema de dominación económica capitalista¹⁵⁹”. Por tanto, la pluralidad y heterogeneidad de causas que favorecen la supervivencia de la violencia de género no sólo tiene el aspecto “género” por eje, sino que como comprobamos se inserta en un entramado estructural perverso donde confluyen todos los aspectos de la cultura, la economía y la Sociedad en general. Es decir hay que afrontar el problema de la violencia no sólo desde el género, sino desde una reflexión global de la pluralidad y heterogeneidad de las causas.

3. CAUSAS DE TIPO LEGAL

3.1. Ámbito penal

Con carácter general, las leyes reflejan la Sociedad que las crea, y si la nota característica a toda época histórica ha sido el Patriarcado, es fácil adivinar el tratamiento que de la mujer han hecho las leyes. Desde la Época Romana se dio un trato diferenciado a la mujer y al hombre en el ámbito público y en el privado, de tal forma que la libertad de la mujer se hizo depender de la voluntad del varón. La *Lex Julia Romana* castigaba a la mujer que fuese sorprendida *in fraganti* en relaciones con otro hombre y daba al marido la potestad de matarla en el acto. El Derecho Romano es la

¹⁵⁷ RIADURA MARTÍNEZ, M. J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la LO de Medidas de protección contra la violencia de género” en *La Nueva Ley contra la Violencia de Género (L.O. 1/2004 de 28 de Diciembre)*, *Iustel*, Madrid, 2005, p. 95.

¹⁵⁸ El País, 8 de marzo de 2009, “La crisis amenaza la revolución de la mujer. El empleo femenino está aguantando ahora más que el masculino. Pero la sombra de la recesión pone en peligro el salto histórico que han dado las españolas en la última década”.

¹⁵⁹ COBO, R.; “El género en las ciencias sociales” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 58

base jurídica de nuestro Derecho, y como Provincia Romana que fuimos, adquirimos aquel Derecho y lo heredamos por dos veces, en el momento del Imperio, y en la Edad Media tras recopilar todo el trabajo de los glosadores de Bolonia, lo que llegó a España interpretado por Alfonso X El Sabio en su obra *Las Siete Partidas*. Es lo que históricamente se ha denominado Segunda Romanización. Derecho que, por otra parte, fue producido por los hombres y para los hombres, en el que las mujeres se han tenido que insertar ya en épocas muy recientes. En España, las reminiscencias más notorias de la mencionada *Lex Julia Romana* tuvieron eco hasta la proclamación de la Constitución de 1978, con un breve paréntesis liberal que corresponde al corto periodo de la II República.

BECCARIA en su obra *De los delitos y de las penas* hacía también referencia al adulterio dentro del capítulo dedicado a los delitos de prueba difícil, delitos que, aunque se acometen frecuentemente ocasionan leve daño a la sociedad afirmando que la “galantería rompe los vínculos con desprecio de una moral cuyo oficio es declamar contra los efectos manteniendo las causas¹⁶⁰”. El propio Beccaria admite que al ser el adulterio un delito de prueba difícil “son los que conforme a los principios recibidos en práctica, admiten las presunciones tiránicas, las cuasi-pruebas, las semi-pruebas (como si un hombre pudiese ser semi-digno de castigo y semi-digno de absolución), donde la tortura ejercita su cruel imperio en la persona del acusado¹⁶¹”.

Tal soporte legal se desprende incluso en la jurisdicción universitaria, como rescata de la memoria histórica GUIL BOZAL, un Decreto-Resolución del año 1377 del claustro de la Universidad de Bolonia en el que se decía: “Y puesto que la mujer es la razón primera del pecado, el arma del demonio, la causa de la expulsión del hombre del paraíso y de la destrucción de la antigua ley, y puesto que, en consecuencia, es preciso evitar cuidadosamente todo comercio con ella, nosotros defendemos y prohibimos expresamente que alguien se permita introducir alguna mujer, sea cual fuere ésta,

¹⁶⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, J.; “Estudio preliminar” en BECCARIA, C.; *De los delitos y de las penas (estudio preliminar de José Jiménez Villarejo y traducción de Juan Antonio de las Casas)*, Tecnos, Madrid, 2008, p. XXXV.

¹⁶¹ BECCARIA, C.; *De los delitos y de las penas (estudio preliminar de José Jiménez Villarejo y traducción de Juan Antonio de las Casas)*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 87.

incluso la más honrada, en la dicha universidad. Y si alguno lo hace a pesar de todo, será severamente castigado por el rector¹⁶²”.

A los fines que ahora nos interesa, destacamos de tal escrito aquello de “alguna mujer, sea cual fuere ésta, incluso la más honrada”, pues tales tintes moralizantes han acompañado siempre la configuración de las mujeres en el derecho penal. Pongamos por caso el aborto, PACHECO distinguía si éste fue causado por honor o por cualquier otro motivo, estableciendo una pena menor, un tipo atenuado para el primer caso¹⁶³, y CUELLO CALÓN se refería al aborto atenuado en base a “la angustiosa situación de la mujer que concibió ilegalmente ante la catástrofe moral que supone para ella el descubrimiento de su estado, sus consecuencias familiares y sociales, quizá también el miedo a un porvenir sombrío sin recursos para alimentar a su hijo, etc.¹⁶⁴”. Así en el código penal de 1944 el art. 410 regulaba el infanticidio de tal manera que atenuaba la pena cuando concurrieran estos motivos de deshonra:

“la madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, cometieren ese delito”.

Otro de los casos más recurrentes en cuanto al honor es el relativo a los delitos contra la libertad sexual, que hasta 1978 eran delitos contra la honestidad, por ello no se protegía penalmente a cualquier mujer ante el estupro, “sino a aquella que fuere honesta, de acreditada honestidad e incluso exclusivamente a la doncella, de suerte que de no reunir tales características el ataque sexual a la mujer no merecía protección

¹⁶² “Mujeres, universidad y cambio Social: tejiendo redes” en *El cambio Social en España, visiones y retos de futuro*. I Jornadas de Sociología, Centro de Estudios andaluces 15 y 16 de junio 2005, p. 1 en la nota al pie núm. 2, disponible en http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:zf_Pjo8LGp4J:www.amit-es.org/assets/files/publicaciones/Mujeres_Universidad_cambio_social_tejiendo_redes.pdf+Mujeres,+universidad+y+cambio+Social:+tejiendo+redes%E2%80%9D&hl=es&gl=es&sig=AHIEtbQEbSi4qS0iDBWgmBD4HDDOwU3ozg

¹⁶³ PACHECO, F.; *El Código Penal concordado y comentado, Tomo III, 6ª edición corregida y aumentada*, Madrid, 1888, p. 41.

¹⁶⁴ CUELLO CALÓN, E.; *Tres temas penales: El aborto criminal; el problema penal de la eutanasia; el aspecto penal de la fecundación artificial*. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1955, p. 91.

penal¹⁶⁵”, por lo que necesariamente “sujeto activo lo era, siempre el hombre y el sujeto pasivo del delito, necesariamente cierta clase de mujeres¹⁶⁶”. De esta manera, el Título X del código penal de 1928 se denominaba “Delitos contra la honestidad” e incluía dentro de su capítulo I el art. 598 dedicado a la regulación de la violación y el art. 600 dedicado a la violencia carnal contra prostituta:

Art. 598: “La violación de una mujer mayor de dieciocho años será castigada con la pena de tres a doce años de prisión...”

Art. 600: “si la mujer violada se dedicare habitualmente a la prostitución, se impondrá al culpable pena de uno a tres años de prisión”

Y al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA critica la ubicación de este último delito dentro del título “delitos contra la honestidad”, “y ciertamente que la violación de prostituta no puede ser un delito contra ese bien jurídico inexistente en ella. Por eso debió incluirse entre las infracciones contra la libertad, pues es precisamente este derecho el que se infringe forzando a una meretriz a yacer con un hombre. O mejor, acaso, no hacía falta el específico enunciado de esta violencia, pues cabe dentro del tipo de las coacciones¹⁶⁷”.

Todo este bagaje cultural fue implantado por los españoles en el Nuevo mundo, donde se impuso el Derecho de Castilla¹⁶⁸. Desde aquel entonces en uno y otro lado del Atlántico se han seguido parámetros legislativos similares atendiendo igualmente a parámetros a veces no tan diferentes de Política Criminal que, sin embargo, han sido aplicadas a realidades sociales muy diferentes.

¹⁶⁵ BOIX REIG, J.; “De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual”, en LATORRE LATORRE, V. (Coord.); *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 13.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.; *Derecho penal conforme al Código de 1928. Primera Edición, II, Parte Especial*, ed. Reus, Madrid, 1929, p. 219.

¹⁶⁸ A partir del grito Independencia en 1810, México (por ejemplo) se preocupó primero en definirse políticamente, por lo que la legislación de Castilla se mantuvo hasta casi finales del s. XIX, como comenta Sergio García Ramírez, “hasta 1860, por lo menos, el orden de preferencia para la aplicación de leyes en México era el siguiente: disposiciones de los congresos mexicanos, decretos de las Cortes (Parlamento) de España, cédulas y órdenes posteriores a la edición de la Novísima Recopilación, Ordenanzas de intendentes, Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, Fuero Real (de 1255) y Siete Partidas. Como se ve, mantenían su vigencia, así fuera limitada y supletoria, leyes españolas que databan de seiscientos años atrás”, ver en GARCÍA RAMÍREZ, S.; *El sistema penal mexicano*, Fondo de cultura económica, México, 1993, p. 34.

Por todo ello, el problema de las mujeres es más de subordinación que de discriminación, de poder, por ello la cuestión es ver desde la perspectiva de la ciencia jurídica, en qué medida el Derecho participa de ese poder y en qué medida puede transformarlo¹⁶⁹. Éste es el motivo por el cual “el Derecho penal ha sido tradicionalmente objeto de críticas por estudiosas feministas quienes han reprochado tres aspectos del Derecho penal: a) La deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima; b) La insuficiencia de tipos penales que protejan a la mujer; c) La irregular aplicación (o inaplicación) en los tribunales de determinados delitos contra las mujeres¹⁷⁰”. Pretensiones en cierta manera hoy conseguidas y que desarrollaremos más adelante, en los siguientes capítulos. En definitiva, el Derecho también ha creado un prototipo de mujer que no ha favorecido su empoderamiento, sino todo lo contrario¹⁷¹.

Para tener una visión más actual de los derechos (innatos) con los que hemos nacido las hijas de la era democrática en España, es necesario hacer un repaso de lo que ha supuesto el siglo XX en este sentido, ya que sobre todo la segunda mitad del s. XX ha sido clave en los delitos de aborto, adulterio, violación conyugal, etc, progresivamente derogados en occidente durante la segunda mitad del s. XX¹⁷².

¹⁶⁹ AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE I MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho” en BOIX REIG, J., MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords) en *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)* Madrid, 2005, p. 58.

¹⁷⁰ LARRAURI, E.; “Control formal y el derecho penal de las mujeres”, en LARRAURI, E.; *Mujeres, Derecho penal y criminología*. S. XXI de España Editores, S.A., 1ª Ed., Madrid, 1994, p. 93.

¹⁷¹ El propio Derecho ha reflejado un prototipo de mujer en el seno de la Sociedad patriarcal, ver SMART, C.; “La mujer del discurso jurídico”, en LARRAURI, E.; (Comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, S. XXI, Madrid.

¹⁷² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; “Ciudadana, sistema penal y mujer” en GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M.; (Coords.), en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 190-194.

3.1.1. Código penal: especial consideración del adulterio

En el código penal¹⁷³ no ha habido hasta hace relativamente poco tiempo separación entre moral y derecho, lo que propició la existencia hasta no hace mucho de un delito que castigaba la infidelidad de la mujer que fuere sorprendida en adulterio.

Concretamente el art. 449 CP de 1944 establecía:

“El adulterio será castigado con la pena de prisión menor.

Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”.

El hombre que mantenía relaciones extramatrimoniales no cometía adulterio, sino que este comportamiento era constitutivo de amancebamiento, pero la gran diferencia respecto del adulterio es que para castigar al hombre la conducta con su concubina debía ser continuada, un hecho aislado no era constitutivo de responsabilidad penal. Añadir que en el primero de los códigos penales españoles el art. 683 CP-1822 se permitía que el marido engañado decidiera el tiempo de reclusión de la esposa, concretamente establecía que *la mujer casada que cometa adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de diez años*. Autores como ESPERANZA VAELLO estudian el por qué este plus en el castigo para la mujer adúltera llegando a la conclusión de que los posibles factores que rondaban al legislador de la época eran, primero que se trataba de un acto que atentaba a la sanidad del hogar, al que, inevitablemente destruía. Segundo, si era la mujer la que lo cometía, se corría el riesgo de que introdujera en la familia legítimos hijos concebidos fuera de ella y tercero, que el sujeto que la llevara a cabo revelaba que se trataba de una persona depravada y exenta de los más elementales principios morales, mediante su comisión se infringía el deber de fidelidad matrimonial y se ofendía el honor del cónyuge inocente, sobre todo si es la esposa la que lo cometía según el concepto popular de honor conyugal. Además, con él

¹⁷³ Códigos penales consultados en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.; RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.; *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.

existe el riesgo de transmisión de enfermedades venéreas¹⁷⁴. Estos eran motivos suficientes para cargar contra la mujer mayor responsabilidad.

Esta sujeción de la mujer a la moralidad se aflojó temporalmente en la época de la II República con hechos culminantes como la derogación del delito de adulterio y amancebamiento, o la aprobación de la Ley del Divorcio de 1932. Pero con la llegada del periodo Franquista, los logros de igualdad proclamados por la Constitución Republicana de 1931¹⁷⁵ quedaron mermados (por la Dictadura), volviendo a ser objeto de regulación penal como hemos visto los delitos de adulterio y amancebamiento hasta 1978. Como vimos, en el código penal de la Dictadura (mediados del siglo XX) el marido que sorprendiere a su mujer no tenía la facultad de matarla o causarle lesiones graves sin ser castigado con la pena de destierro, pero sí podía causarle lesiones de otra clase (art. 428 cp de 1944) sin incurrir en ningún tipo de responsabilidad.

El uso de anticonceptivos y el aborto también forman parte del elenco reciente de logros conseguidos por las mujeres, temas totalmente prohibidos en la Dictadura, que verán luz verde a raíz de la entrada en vigor de la Constitución Democrática de 1978. La más importante fue la relativa al adulterio, concretamente por Ley 22/1978 de 26 de mayo sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento¹⁷⁶.

Es quizás el adulterio el ejemplo más claro de diferencia de trato penal de la mujer en el Derecho histórico, pero hemos de reconocer que la idea del deber de obediencia de las mujeres y el deber de corrección de los hombres también ha acompañado la historia misma del Derecho penal en general. En este sentido el primero de nuestros códigos penales (1822) era reflejo de aquel principio ilustrado, pues cuando se efectuaba violencia y no podía alegarse el deber de corrección “suponía una agravación de la pena respecto a la que correspondería si entre el autor y el sujeto

¹⁷⁴ VAELLO ESQUERDO, E., *Los delitos de Adulterio y Amancebamiento*, Bosch, Barcelona, 1976. p. 47.

¹⁷⁵ En la Constitución Republicana de 1931, el art. 25 disponía que “*No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas. El Estado no reconoce distinciones o títulos nobiliarios*”.

¹⁷⁶ Para más información consultar CRUZ BLANCA, M. J.; “Derecho Penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal” en MORILLAS CUEVA, L.; *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 2002, p. 24 y ss

pasivo no mediara relación de parentesco¹⁷⁷” (art. 648 CP), pero en realidad “sujetos activos de los tipos agravados lo son los hijos y/o la mujer para con el padre y/o marido, pero no a la inversa; situación que por el contrario, se califica como tipo privilegiado¹⁷⁸”.

3.2. El código Civil y la Ley del Divorcio

En el código civil la mujer ha sido tradicionalmente considerada como incapaz, como menor de edad, sin capacidad para ser la dueña de su patrimonio y mucho menos de los bienes matrimoniales, siempre en las manos gestoras del marido; ni siquiera para ser la titular de una cuenta bancaria, para la que necesitaba de la llamada “licencia marital” al igual que para cualquier otro negocio o contrato que se le ofreciera. Más aún, perdía su propia nacionalidad al casarse con un extranjero. Incluso en las sociedades sajonas, la mujer pierde su apellido y adopta el del marido al casarse. Lo que puede resumirse en que la mujer pasaba de ser dominio del padre a ser dominio del marido (siempre dependiente), nunca independiente. Es lo que ha conformado hasta hace poco tiempo la “incapacidad jurídica de la mujer casada”. En cuanto al *ius corrigendi* del marido respecto a la mujer, estuvo regulado en el art. 57 del código civil hasta que fue derogado por reforma legislativa de 2 de mayo de 1975, desde entonces, legalmente al menos, la mujer no tiene la obligación de fidelidad ni el marido la de protección. Las ataduras de la mujer al hombre eran más que sentimentales, puesto que la mujer que quería divorciarse sabía que las únicas opciones a las que optaba tras romper el vínculo matrimonial eran, o volver a la casa de los padres, o recluirse en un Monasterio. La vivienda común, al igual que el resto de los bienes (comunales) quedaban a nombre del varón, lo cual provocaba que los matrimonios fuesen para toda la vida.

El rito matrimonial católico exigía y favorecía la eternidad en la relación. Por ello, en muchos casos la mujer víctima de violencia de género callaba por carecer de alternativas, y por supuesto, por ser un comportamiento tolerado a nivel social. El divorcio, promovido por cualquier causa, resultaba un fracaso personal imperdonable y un fracaso ante el tribunal social insoportable. La primera Ley de Divorcio en nuestro

¹⁷⁷ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 43.

¹⁷⁸ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 44

país tiene fecha de 2 de marzo de 1932 y corresponde al periodo de la II República. Quizá por eso se dejaron de regular en el código penal los delitos de adulterio y amancebamiento en esa época, puesto que la infidelidad no es considerada delito, sino una causa a alegar para la disolución del vínculo matrimonial, objetivo realizable a través del divorcio. Dicha ley llegó tarde con respecto al resto de los países europeos, sólo quedaban sin regulación (países de larga tradición cristiana como) España e Italia (ésta segunda más reacia debido a todo su bagaje cultural, cuna del cristianismo). La ley española, aunque tardía, resultó ser de las más progresistas de la época, pero al igual que todos los logros conseguidos de 1931 a 1936, esta liberación para la mujer también resultó efímera. Tras el periodo dictatorial, España tendría que esperar hasta 1981, para que una vez aprobada la Constitución de 1978, los postulados democráticos relativos al derecho de familia, se vieran reflejados en una nueva Ley, la Ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Recientemente, en 2005 el Gobierno comprobó que muchos de los requisitos exigidos (para divorciarse) en la Ley del 81, hacían difícilmente aplicable este derecho para muchas mujeres, que debían emplear mucha paciencia, dinero y tiempo para enfrentarse al proceso. En el caso de las mujeres en trámite de divorcio por causa de violencia doméstica o de violencia de género, la situación era desalentadora además de peligrosa para sus vidas, obligadas muchas veces a seguir conviviendo con el agresor, aún sabiendo éstos la situación de demanda por divorcio. En muchos casos la mujer seguía viviendo en el domicilio (por carecer de otro lugar al que poder ir o por obligación del juez), lo cual facilitaba la situación de maltrato y el riesgo implícito en ello. Por estos motivos, en la fecha expuesta, 2005, se reforma la ley para agilizar y facilitar el trámite de divorcio, a través de la Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el código civil y la LEC en materia de separación y divorcio:

- En circunstancias normales, para los casos en que uno de los cónyuges quiera acabar con el vínculo matrimonial podrá hacerlo tras los 3 meses de casado, y no al año como la anterior Ley del 81 establecía.
- No hace falta alegar causas para la ruptura de la relación matrimonial ni tampoco el anterior requisito de la separación previa, lo cual implica agilidad de los trámites, por ello se ha acordado en llamarla la ley del divorcio “exprés”.

- Establece la custodia compartida de los hijos, y se establece un Fondo Estatal que garantizará el pago de pensiones por alimentos
- Elimina el periodo de reconciliación, lo cual el Instituto de Política Familiar critica, ya que “el 20-25% de las separaciones se reconcilian durante el periodo de separación previo al divorcio. Esto supone que cada año aproximadamente unos 15.000 matrimonios vuelven a reconciliarse y que han sido más de 200.000 matrimonios los que se han reconciliado desde el inicio de la ley del divorcio¹⁷⁹ .

Esta ley ha tenido apoyos pero también detractores, de tal forma que desde un punto de vista supone un avance importante porque suprime varios obstáculos en el trámite, y desde otro punto de vista (más conservador) supone una invitación a la ruptura matrimonial peligrosa debido a los tiempos que corren. Estas son los datos que maneja el Instituto Nacional de Estadística, sobre las cifras de divorcios en España¹⁸⁰:

| | 1998 | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 |
|-------------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|---------|
| Divorcios | | | | | | | | | |
| Valores absolutos | 35.834 | 36.101 | 37.743 | 39.242 | 41.621 | 45.448 | 50.974 | 72.848 | 126.952 |

Parte de la doctrina venía reclamando un cambio en la misma puesto que algunos casos de mujeres asesinadas por sus parejas o ex-parejas cercanos en el tiempo y en el espacio, han estado muy relacionados con los obstáculos relativos al divorcio, apostando por reformar la Ley del Divorcio ya que la Ley no evita la violencia, sino que por el contrario, puede llegar a provocar reacciones violentas por parte de justiciables¹⁸¹.

En cualquier caso agilizar estos trámites no supone una llamada al divorcio generalizado, sino una neutralización del riesgo al que muchas mujeres están expuestas cuando en el matrimonio la violencia supone la normal comunicación en la pareja y las mujeres se ven atadas por las leyes a permanecer con su agresor, además supone

¹⁷⁹ Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, análisis y propuestas. Instituto de Política Familiar (IPF), Noviembre 2004, p. 3, en www.ipfe.org/informe_IPF_Ministerio_de_Justicia.pdf

¹⁸⁰ Fuente: Instituto Nacional de Estadística, en <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do>

¹⁸¹ SARIEGO MORILLO, J. L.; “Apuntes sobre las causas de la violencia doméstica. Alternativas” en *Familia y Violencia: Enfoque jurídica. Asociación española de abogados de familia*. Madrid, Dykinson, 1999, p. 63.

objetivar un proceso que abre opciones sin depender de valoraciones moralizantes, dejando la libre decisión a los cónyuges de cómo desenvolver sus vidas.

3.3. Impunidad histórica ante el maltrato. Cambio de paradigma en la CE 1978

Esta clase de violencia es tan antigua como la propia sociedad, y ha existido siempre aunque no tuviera trascendencia pública, por lo que no estaba dentro de los parámetros de Política Criminal que justificaran su incorporación al Código Penal. Sin embargo, este hecho no ha significado una falta de interés respecto a la personalidad femenina, puesto que son muchos los estudiosos que se han centrado en la mujer, pero siempre desde la óptica de la inferioridad sexual: “sí, durante mucho tiempo se ha intentado atar a la mujer a su propia sexualidad. No sois más que sexo, se les repetía una y mil veces, siglo tras siglo. Y ese sexo, añadían los médicos es frágil, casi siempre enfermo y en todo momento inductor de enfermedad. Sois la enfermedad del hombre. Ese antiquísimo movimiento se precipitó hacia el siglo XVIII y la consecuencia fue una patologización de la mujer: el cuerpo de la mujer se convierte en cosa médica por excelencia¹⁸²”.

En España y en la comunidad internacional en general, no sólo no existía un delito de violencia familiar o de género diferenciado del resto, sino que el maltrato estaba justificado; deducido del obrar en el ejercicio legítimo de un deber o un derecho. Es el llamado derecho de corrección, que sigue presente en nuestro código civil¹⁸³ pero sólo para el caso de los menores sometidos a patria potestad, hoy nunca referido a la mujer. Históricamente como hemos visto la mujer era considerada una menor de edad, una incapaz, por lo que el hombre sí tenía este derecho sobre ella.

Como vimos, el cambio de paradigma comienza con la publicación de unas estadísticas por el Ministerio del Interior (en el año 1984) sobre las denuncias de mujeres interpuestas a sus maridos por motivos de violencia, será el punto de inflexión para empezar a valorar respecto de la conveniencia y necesidad de un delito propio. Se creó el Instituto de la Mujer para dar apoyo específico a todas las cuestiones

¹⁸² FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 153.

¹⁸³ **Art. 154.2 CC** último párrafo: “los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”.

relacionadas con el tema femenino. Fue el despertar social de un comportamiento existente pero tratado con la más absoluta discrecionalidad hasta entonces. La primera legislación en la materia data del año 1989, que reformaba el código penal de 1973¹⁸⁴.

En cualquier caso CUELLO CONTRERAS identifica la tipificación de un delito diferenciado de malos tratos con aspectos positivos de la sociedad basándose en la teoría social de Durkheim, ya que considera que cuando las sociedades evolucionan nuevas formas de violencia antes inadvertidas por su menor gravedad irrumpen en un primer plano¹⁸⁵, y es una vez instaurada la Democracia, a la vez que su coexistencia con el despegue económico cuando acontece la necesidad de tipificar este comportamiento. Esto viene apoyado en un Documento informativo de Naciones Unidas en el que se afirma que “a medida que las sociedades cambian, las formas de violencia se modifican y surgen nuevas formas¹⁸⁶”. Sin embargo en otras sociedades como la mexicana, problemas político-criminalmente graves como el narcotráfico, la violencia e inseguridad en las calles o la pobreza desplazan este tipo de violencia a un segundo plano; situación que en España, al gozar de un relativo “Estado de Bienestar” las necesidades básicas como seguridad y alimentación quedan medianamente cubiertas. Por este motivo quizá es más visible la violencia de Género en España. Aunque también es cierta la teoría de que la visibilidad de la violencia de género puede ser causa de más violencia. En nuestro país la creciente visibilidad, (conseguida sobre todo por la labor de los medios de comunicación) actúa como detonante de la misma en cuanto la amenaza que sienten muchos hombres por el cambio de sus relaciones con las mujeres y no son capaces de entender las relaciones de género en términos de igualdad¹⁸⁷.

¹⁸⁴ En general, existe una relación dinámica entre desviación social y criminalidad, la desviación social se convierte en criminal dependiendo de la tolerancia a esos hechos de una determinada sociedad y esa tolerancia a la violencia comienza a cambiar. Sobre la relación entre desviación social y criminalidad ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, CISE, Universidad de Salamanca, 2004, p. 50.

¹⁸⁵ CUELLO CONTRERAS, J.; “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, nº 32, Diciembre 1993, Consejo General del Poder Judicial, p. 10.

¹⁸⁶ Hoja informativa: *Fin de la Violencia contra la mujer: hechos no palabras*. Informe del Secretario General, en <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/launch/spanish/v.a.w-consequenceS-use.pdf>.

¹⁸⁷ ALBERDI I., MATAS, N., *La Violencia Doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*. Colección de estudios sociales Núm. 10 Fundación La Caixa, Barcelona, 2002, p. 20.

En los últimos años, la proclamación de la igualdad (formal) entre hombres y mujeres en la Constitución de 1978 ha promovido la lucha contra alguno de los obstáculos que dificultaban el desarrollo de tal principio constitucional. De esta manera se ha producido un movimiento pendular importante que ha llevado al legislador a introducir en el código penal los abusos cometidos en el ámbito de la pareja. Por tanto, de su aceptación cultural se ha pasado a su combate con políticas de tolerancia Cero a la violencia de género. La regulación legal de la violencia familiar y de género desarrollada en los últimos veinte años será objeto de estudio en la segunda parte de este trabajo¹⁸⁸.

4. CAUSAS DE ÍNDOLE POLÍTICO

4.1. Adquisición tardía de los Derechos civiles y políticos de las mujeres

Desde el Imperio Romano, el análisis cultural que venimos haciendo de la situación de la mujer nos permite deducir su inexistencia también política, pues este ámbito siempre estuvo ligado a la fuerza militar y a la Iglesia (donde las mujeres obviamente también fueron excluidas). La ciudadanía estuvo históricamente reservada para los hombres libres, negada a las mujeres, a los inmigrantes y a los extranjeros¹⁸⁹. Ni siquiera en el momento de la caída del A.R. y la llegada de la Ilustración del pensamiento Racionalista, ni con el desembarco en una sociedad más igualitaria, dirigida por y para los individuos, cuya insignia revolucionaria “Libertad, igualdad y fraternidad” no tardaría en extenderse por toda Europa a través del documento más importante nacido del levantamiento Jacobino: “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹⁹⁰”. Revolución por tanto que también se olvida de las mujeres al referirse tan solo al “hombre” y al “ciudadano”, la revolución promulgó la

¹⁸⁸ Consultar los Capítulos III y IV de este trabajo.

¹⁸⁹ Para más información consultar DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; “Ciudadanía, sistema penal y mujer” en GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 189-190

¹⁹⁰ Ideales de cambio que ya se habían manifestado por Thomas Jefferson o Benjamín Franklin a través de la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 4 de julio de 1776 en cuyo preámbulo se argumentaban los cimientos de la sociedad actual: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados como iguales; que son dotados por su creador de ciertos valores inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados”.

igualdad entre los hombres, pero se olvidó de las mujeres. Dentro del desconcierto entre las mujeres que ya habían tomado conciencia de ciudadanas, surge la figura revolucionaria femenina más importante, fue Olympe de Gouges quien, con su “Declaración de los Derechos de las Mujeres” paralela a aquella Declaración que sólo tenía en cuenta a los hombres. Mientras tanto, en Inglaterra también se iban fraguando posturas feministas resaltando Mary Woolstonecraft con su libro “Reivindicaciones de los derechos de las mujeres” (1790) el cual fue muy estudiado por Jonh Stuart Mill, diputado inglés caracterizado por ser propulsor en el Parlamento de dar voz al movimiento del voto femenino en ese país: el movimiento de “las Suffragettes”.

Este agregado de ideas liberales vio retrasada su vigencia hasta su materialización en 1918, cuando al fin las mujeres en Inglaterra consiguieron el tan ansiado derecho al voto, lo cual ya se había conseguido en otro país europeo, concretamente en Finlandia hacía ya doce años, en 1906. Aunque el primer país del mundo en conceder el sufragio a las mujeres fue Nueva Zelanda en 1893¹⁹¹. En España, como veremos, las mujeres no consiguen el derecho a sufragio hasta la época de la II República, concretamente en 1931. Y en México, “el Gobierno signó en 1948 la Convención Interamericana sobre la Concesión de Derechos Civiles a la Mujer, pero fue hasta octubre de 1953 cuando el Presidente Adolfo Ruíz Cortines decretó el derecho de las mujeres mayores de 21 años a elegir y ser elegidas para todos los cargos públicos¹⁹².”

Pese a ello, la mujer siguió ocupando el mismo papel “social”: el de ama de casa o el de mano de obra barata en las fábricas, pero nunca (mejor dicho, casi nunca) en los altos cargos, tampoco en los de la Administración pública, pues la mujer estuvo vetada para los cargos públicos, al menos en España hasta entrado el s. XX, veto que termina en 1918 por razón del Estatuto de los funcionarios que da luz verde a las mujeres que, a partir de entonces, ya pueden entrar a formar parte del funcionariado en calidad de auxiliares. Políticamente, no es hasta la Época de la Segunda República cuando

¹⁹¹ Consultado en “Historia Nueva Zalandia” en <http://www.newzealand.cl/Cultura/Historia.htm>.

¹⁹² GARCÍA, Clara G.; “Los derechos humanos de las mujeres: una mirada histórica.” *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, N° 4, 1998 México DF p.48, referencia que cita de Muñón, Enriqueta, “La lucha política de la mujer mexicana por el derecho al sufragio y sus repercusiones”, en RAMOS ESCANDÓN, C. y cols., *Presencia y transparencia: la mujer en la historia de México*, México, El Colmex, 1992.

podemos destacar nombres en femenino que dan personalidad propia a las grandes conquistas a este nivel, como son: Clara Campoamor, diputada del Partido Radical que dio con la definición de igualdad legal proclamado en la Carta Magna de 1931, y otras dos mujeres diputadas como Victoria Kent de Izquierda Republicana y Margarita Nelken, del Partido Socialista. Sus nombres han pasado a la historia por su gran labor en el reconocimiento jurídico de la mujer. El art. 25 de la Constitución de 1931 dejaba claro que no podrían ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas, ni las creencias religiosas, con lo cual la tan ansiada igualdad va tejiéndose un hueco, no poco polémico, en nuestra sociedad. El Partido Socialista en 1988 estableció la obligación de que en las listas electorales estuvieran las mujeres representadas en un 25%¹⁹³ y con la llegada al Gobierno del mismo partido en 2004, se instauró el mismo número de Ministras que de Ministros.

4.2. La mujer ciudadana hoy

Nos parece interesante abrir esta apartado con una valoración política que uno de los padres de la Constitución utilizó para defender en el Congreso de los Diputados la LO 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género durante su tramitación, quien se pronunció al respecto alegando que “frente a ese Socialismo que quiere destruir el sistema aparece otro socialismo, que es al principio minoritario pero que poco a poco se va convirtiendo en mayoritario, que es un socialismo reformista que acepta los grandes esquemas del sistema de Derecho burgués que acepta por supuesto las elecciones, los derechos fundamentales, pero que amplía los derechos a los derechos sociales¹⁹⁴”.

Los inicios históricos del reconocimiento de los derechos civiles y políticos tuvieron su eco en el momento del paso del Liberalismo formal al Liberalismo intervencionista que consiguió a través de leyes y políticas públicas no solo el reconocimiento formal de los derechos sino, además, los medios para la equiparación

¹⁹³ Office of the High for Human Rights Commissioner, Observaciones finales del Comité por la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Spain 28/01/1992 A/47/38, paras.303-364. (concluding Observations/Comments), en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/A.47.38.paras.303-364.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.47.38.paras.303-364.Sp?Opendocument)

¹⁹⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Comparecencia en el Congreso de los Diputados, Sesión núm. 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004.

de las mujeres a la situación del hombre; pero a lo largo de todo ese siglo serán constantes las demandas en casi todos los países, sobre todo occidentales, exigiendo una mejoría del nivel de vida de sus ciudadanas. Derechos que se consolidan formalmente en las Democracias contemporáneas, pero que aún no han conseguido equiparar desde una perspectiva sociopolítica los derechos de las mujeres, lo cual se traduce en el ámbito social en la escasa presencia todavía de las mujeres en los altos cargos, sobre todo políticos. Las cuotas de participación de mujeres son todavía vistas como cesiones o concesiones masculinas, no como logros de reconocido nombramiento por la educación y preparación de las mujeres que a día de hoy participan de la vida política de nuestro país, por ejemplo.

Nos preguntamos cómo se están haciendo las cosas, pues en realidad, la mujer ha conseguido el derecho al sufragio activo, pero todavía, como vemos, se resiste el sufragio pasivo, motivo por el cual en muchos países se han promovido leyes electorales de género¹⁹⁵, la lucha de las mujeres en este ámbito (político y laboral) está muy relacionada con medidas de discriminación positiva y de acción positiva, a las que nos referiremos en el último de los capítulos de este trabajo.

En el caso de América Latina, según el trabajo de investigación coordinado por LINE BAREIRO, de la CEPAL en el que analiza la relación ambivalente que tienen las mujeres con respecto al poder, se plantea la falta de apoyo de la ciudadanía respecto de factores como el carácter de “recién llegadas” de las mujeres al mundo público, la permanencia de la división sexual del trabajo, la falta de conocimientos necesarios para actuar en el mundo político y las exigencias excesivas a las candidatas. Las resistencias por parte de los políticos para reconocer como pares a las mujeres y la falta de acceso de estas a recursos financieros para sus campañas completan el conjunto de obstáculos analizados. En esta investigación se concluye que los sistemas electorales proporcionales son los que más favorecen la inclusión de las mujeres¹⁹⁶.

¹⁹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “El debate sobre la violencia de género. Las críticas a la propuesta del Gobierno contra el maltrato reflejan, dice el autor, ignorancia sobre los derechos humanos”, en *El País* a 23 de junio de 2004.

¹⁹⁶ BAREIRO, L.; LÓPEZ, O.; SOTO, C.; SOTO, L.; “Sistemas electorales y representación femenina en América Latina” *Unidad Mujer y Desarrollo*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, mayo de 2004, p. 7, en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/8/14798/lcl2077e.pdf>.

Lo cierto es que las nuevas exigencias hacen que niños y niñas, hombres y mujeres, vayan acercando sus posturas para lograr una conciliación de las vidas laborales y familiares, pero muchas veces el precio que se paga por ese “empowerment”, liberación o dignificación femenina, es la agravación de la situación de violencia. Los hombres, arraigados en su cómodo lugar establecido por el Patriarcado durante tantos siglos no han tolerado de manera sana los cambios en las mujeres de finales del s. XX y del s. XXI, lo cual en muchos casos ha sido un detonante de la violencia en la pareja. Precisamente uno de los fenómenos que resta credibilidad a la ciudadanía de las mujeres y que impide el pleno desarrollo de su personalidad es la violencia doméstica¹⁹⁷. Pero más aún, y para proyectar las diferenciaciones que aquí se hicieron sobre la violencia doméstica y la violencia de género, matizamos que es la violencia de género la que dificulta tal tarea, ya que “mientras la protección jurídica de las víctimas de la violencia doméstica tiene su razón en la protección de la familia, el término violencia de género trata a la mujer como ciudadana, equiparada al ciudadano, y enfatiza el déficit democrático que supone que el Estado no garantice a las mujeres en pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, libertad, igualdad y seguridad¹⁹⁸”.

El Gobierno español durante la presidencia europea en 2010 plantea homogeneizar las regulaciones de los países miembros en materia de protección a las mujeres maltratadas que facilite a éstas la misma protección jurídica en cualquier país de la Unión¹⁹⁹, de esta manera se ha propuesto la creación de una orden europea de protección a las maltratadas para facilitar a las mujeres no sólo la ayuda en su país, sino en cualquiera de los que se integran en la Unión europea²⁰⁰.

¹⁹⁷ Para más información consultar DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; “Ciudadanía, sistema penal y mujer” en GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 195 en que se afirma que “el fenómeno de la violencia doméstica, y en particular, de la violencia contra la mujer, muestra, en efecto, de la manera más descarnada cómo la ciudadanía continúa siendo algo todavía bastante precario para las mujeres. Últimamente, ha comenzado a centrar la atención de los legisladores tanto en el plano internacional y europeo, como en derecho comparado”.

¹⁹⁸ DURÁN FEBRER, M.; “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Artículo 14, núm. 17*, 2004, p. 75-76.

¹⁹⁹ El País, 7 de enero de 2010, “España pide protección europea para las mujeres maltratadas”.

²⁰⁰ El País, 7 de abril de 2010, “Bruselas debate la creación de una orden europea contra el maltrato. La mujer muerta ayer en Málaga eleva a 16 los asesinatos machistas este año”.

4.3. Las cotas de poder de las mujeres en la Sociedad actual

El contrato social con el que nace el Estado Liberal vimos que excluyó a las mujeres que no consiguieron ocupar el ámbito público y por tanto, fueron relegadas nuevamente al ámbito privado que se construye conforme a las reglas del “contrato sexual²⁰¹”.

No se trata de una visión negativa de la realidad, puesto que esto supondría por nuestra parte desestimar los esfuerzos que muchas mujeres han venido realizando en pro de la consecución de sus derechos; y sí ha habido un avance como bien interpreta AMPARO RUBIALES pues “durante las no democráticas Cortes franquistas sólo hubo presencia de 13 mujeres en 40 años de vida, sin que apenas participaran en sus debates, y, sin embargo, la representación política de las mujeres en el Congreso de los Diputados ha pasado, en estos años, del 6% de las elecciones constituyentes de 1977 (20 diputadas) a un 31,71% en el momento presente (111) y muy activas²⁰²”. En España por ejemplo, con la llegada del nuevo Gobierno en 2004, se colocó igual número de Ministros que de Ministras, sin embargo, este dato no tiene por qué ser representativo de equidad en el resto del Ejecutivo, puesto que ¿hay más Secretarías Generales que Secretarios Generales? Los cargos más representativos de las altas esferas²⁰³ a todos los niveles siguen estando en manos masculinas²⁰⁴, lo cual demuestra la existencia, de eso que los sociólogos denominan “techos de cristal”²⁰⁵.

²⁰¹ AMORÓS, C.; “Conceptualizar es politizar” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 21

²⁰² RUBIALES TORREJÓN, A., “Evolución de la situación jurídica de la mujer en España” a 31 de Octubre de 2003 en <http://www.ciudadanas.org/documentos/textoCONFERENCIA.pdf>.

²⁰³ Se consigue por vez primera en España que una mujer ocupe el cargo de Presidenta del Tribunal Constitucional: María Emilia Casa Bahamonte (en junio de 2004).

²⁰⁴ En EEUU, país en el que el movimiento feminista comenzó sus reivindicaciones, las mujeres tampoco han conseguido mejor situación social, como se afirma en una nota de prensa aparecida en El País a 3 de noviembre de 2008, CARLIN, J.; “*Las mujeres ganan prestigio, no poder. El <efecto Palin> convierte a los ultraconservadores de EEUU en feministas tardíos- pero la presencia femenina en la cúpula empresarial es del 2%- ¿Logrará la aspirante acelerar la igualdad?*”.

²⁰⁵ La imposibilidad de muchas mujeres para alcanzar los cargos de mayor responsabilidad en sus empresas se ha venido denominando por los sociólogos “techos de cristal”, a modo de techos simbólicos que impiden a la mujer seguir ascendiendo hasta estos puestos.

A nivel europeo a día de hoy, España está a la cabeza europea en cuanto a participación de la mujer en el poder político según los datos arrojados por el informe, elaborado por la División de Igualdad de Género de la Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Legales del Consejo de Europa, en el que se muestra que en España el 41,7% de los diputados autonómicos (525 del total de 1.260) son mujeres, siendo por tanto el primer país con más mujeres en los parlamentos y en los gobiernos regionales²⁰⁶. Sin embargo lamentamos que en el momento actual europeo, cuando el tema de la paridad en los puestos de responsabilidad es un debate abierto en la mayoría de los países miembros, la integración en Europa tras el Tratado de Lisboa no sea ejemplar en este sentido, pues el tema de la mujer es clave y por ello la ex-presidenta de Irlanda, Mary Robinson se lamenta cuando ve “cómo se desarrolla el proyecto europeo sin paridad. Me temo que seguirá habiendo pocas mujeres en la Comisión. Europa necesita tener más mujeres en el poder para superar un déficit democrático²⁰⁷” En el nuevo ejecutivo europeo según los avances hasta noviembre de 2009, de los países que han propuesto candidatas, de los 21, sólo cuatro han propuesto una mujer como representante²⁰⁸.

IV. PERFIL DE LOS SUJETOS IMPLICADOS

Circulan muchos mitos alrededor de las características que definen la personalidad de los protagonistas de este tipo de violencia que ahora analizamos. Quizás “la teoría más extendida es la que individualiza las causas del maltrato en la personalidad de los implicados; el hombre maltratador sería un pobre enfermo, mientras que al mujer sería una masoquista patológica que alienta la violencia²⁰⁹”. Esta sería no más que una forma

²⁰⁶ El País, 7 de marzo de 2009 “España a la cabeza europea en cuanto a la participación de la mujer en el poder político. Un informe elaborado por el Consejo de Europa señala la escasa presencia femenina en la Magistratura y Diplomacia españolas”

²⁰⁷ El País, 13 de noviembre de 2009, “*Entrevista: Conferencia del club de Madrid Mary Robinson ex-Presidenta del Irlanda. La escasez de mujeres en el poder en la Unión Europea es un déficit democrático*”.

²⁰⁸ El País, 19 de noviembre de 2009, “Las élites dan la espalda a la mujer europea. La discriminación histórica femenina se materializa estos días dramáticamente en las quinielas para repartir el poder en el Unión Europea. La política de cuotas se vislumbra como la única eficaz”.

²⁰⁹ ALBERDI, I. Y MATAS N., La violencia doméstica: informe sobre los malos tratos a mujeres en España, en Colección de estudios sociales, núm. 10 de la Fundación La Caixa, 2002, disponible en www.estudios.lacaixa.es. Consultar también el modelo individual de las causas de la violencia en TORRES FALCÓN, M.; *La violencia en casa*, Paidós. México, 2005, Págs. 213 y ss: En las que se hace mención a las características del agresor que se estiman como las causas de la violencia: consumo de

simple de dar cuartelillo a todas las leyendas y mitos sin fundamento científico alguno y que no ahondan en las estructuras sociales en las que se dan este tipo de relaciones. Por lo tanto, es necesario un análisis criminológico de las personalidades de los dos protagonistas en el delito que nos ocupa.

1. SUJETO ACTIVO: “EL AGRESOR DOMÉSTICO”

Al igual que la pregunta genérica sobre si el delincuente nace o se hace, criminológicamente hablando, lo mismo cabe preguntarse del maltratador doméstico²¹⁰. Los estudiosos de las diferentes áreas como de Psicología, Sociología, Criminología, etc., han tratado de dar respuesta al por qué del maltrato para comprobar si realmente existen unas características innatas a este tipo de personalidad que se desarrollen según las circunstancias atendiendo a la teoría del Positivismo Criminológico de Lombroso²¹¹, o si por el contrario, no hay nada de genético, pues básicamente todos somos criminales (en este caso maltratadores) en potencia, y cada uno desarrolla su personalidad según las circunstancias culturales envolventes. El delincuente hasta mediados del siglo XX acaparó la atención de los estudios científicos, pero hoy en día, el delincuente carece de ese protagonismo histórico, aunque sigue siendo pieza clave en las investigaciones

alcohol y drogas, psicopatología y frustración, a lo que le siguen las características de la mujer víctima: como mujer provocadora. La última variante del modelo individual hace referencia a determinadas características de la pareja que al conjugarse potencian la violencia. “Se habla entonces de una combinación de psicopatologías individuales, así como de comportamientos aprendidos en la infancia”. Teorías que se ven superadas por el modelo sociocultural nacido de los nuevos “gestores atípicos de la moral pública” como el movimiento feminista, que nace como reacción a las explicaciones de la violencia centradas en el individuo.

²¹⁰ Hay un dicho muy común que no es otro que el hombre pega y maltrata “porque es hombre”, según en LARRAURI PIJOÁN, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 40, de esta expresión se derivarían las siguientes consecuencias no del todo ciertas: “a) todo hombre tiene las mismas posibilidades de ser agresor por el hecho de ser hombre y no hay nada más que investigar; b) toda mujer tiene las mismas probabilidades de ser agredida y por tanto no hay colectivos específicos que estén en situación de mayor riesgo; c) en consecuencia, es lo mismo realizar campañas de prevención destinadas a hombres en paro, o con un pasado violento, o con creencias machistas, o con situaciones familiares o sociales de exclusión social, que campañas de prevención destinadas, por ejemplo a profesores universitarios varones”.

²¹¹ Hoy en día todavía parecen tener cabida estas teorías, al menos así se deduce de un noticia del periódico *El País* 16 de marzo de 2008: “Registros de ADN para niños potencialmente peligrosos El director forense de Scotland Yard propone incluir en una base de datos a los menores de cinco años con una conducta que manifieste un futuro asesino”.

criminológicas, acompañado, eso sí, del estudio del delito, de la víctima y el control social²¹².

Parece clara la respuesta de que nadie nace delincuente, por lo tanto, haciendo extensible esta premisa es fácil concluir que nadie nace maltratador, no es una información dada por el código genético. Aunque es cierto que la mayoría de los estudios demuestran que no hay un perfil determinado, sí existen diferentes opiniones en cuanto a qué hechos son los más influyentes en la vida de una persona que desencadenen el ejercicio ilegítimo de esta violencia:

- si son los hechos acaecidos en la niñez²¹³, como es la opinión, basada en su experiencia personal en casas de acogida, de ELENA BUSTILLO, la cual afirma que el 81% de los maltratadores fueron víctimas de malos tratos, “lo que pone de manifiesto la importancia de adquirir desde el principio unos determinados tipos de roles. La educación basada en la igualdad y no discriminación por razón de sexo es un punto de partida importante en la prevención del maltrato dirigido a la mujer,”²¹⁴ pues la violencia es un hábito aprendido;
- o si, por el contrario, las últimas vivencias en la madurez son las que más condicionan. Así se dice que “los antecedentes psiquiátricos, referidos especialmente al abuso de alcohol y a los trastornos emocionales (ansiedad y depresión), están presentes en casi la mitad de los maltratadores. De este modo, los antecedentes inmediatos de la vida adulta parecen desempeñar un papel más importante que los antecedentes remotos de la niñez²¹⁵”.

²¹² MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis criminológico del delito de Violencia Doméstica*, Cádiz, 2003, p. 57-58.

²¹³ Con carácter general, los hechos acaecidos durante la infancia fueron desestimados y comenzaba a tenerse en cuenta hechos de la adolescencia, para más información CULLEN, F. T.; DAIGLE, L. E.; y CHAPPLE, C. L.; “El desarrollo de la Criminología del curso vital en Estados Unidos: Tres teorías centrales”, en AAVV, *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 203.

²¹⁴ BUSTILLO SUÁREZ, E., “Otra forma de asesinar”. Abogada en ejercicio. Presidenta Nacional de Asociaciones de Mujeres para la Democracia. Congreso de Violencia Doméstica, Observatorio sobre la Violencia Doméstica de 12 y 13 de junio de 2003, CGPJ, Madrid, 2004. p. 225.

²¹⁵ ECHEVERÚA, E., y AMOR P. J., “Hombres violentos en el hogar: perfil psicopatológico y programas de intervención” en *La Criminología Aplicada II*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial VII, Facultad de Psicología, Universidad del País Vasco, 1999, Madrid, p. 124.

Entrado el s. XXI, quedan superadas las tesis criminológicas iniciales que partían de la base de la enfermedad, el alcoholismo o el carácter patológico del maltratador para explicar la situación de violencia en el hogar, que ponían el énfasis en la personalidad del agresor y que, por tanto, desconocían la responsabilidad del contexto social y cultural. Sin embargo, todavía hoy son muchos los mitos relacionados con estas cuestiones:

- <Los maltratadores son personas extremadamente violentas>; lo que puede rebatirse con argumentos como que, si la mayoría de ellos son personas totalmente normales en su trabajo, con los amigos o con el resto de la familia, entonces por qué esperan a llegar a casa y estallar. Las personas violentas lo son siempre, no sólo con la mujer.
- <Este tipo de violencia es más característica de otros países y culturas que tratan peor a las mujeres>; lo cual esconde xenofobia y un gran análisis etnocentrista, ya que con frecuencia esta expresión no toma en consideración las condiciones bajo las que vive gran parte de esta población inmigrante en nuestro país. No negamos con ello que dicha violencia no pueda darse en todas las clases sociales, pero no hay que subestimar otros factores que disparan el recurso a la violencia.
- <Las causas de la violencia son el exceso de alcohol, el consumo de drogas y además padecen una enfermedad mental>; lo que, como ya hemos analizado anteriormente, queda rebatido: las causas de la violencia no son el alcohol ni las drogas, en todo caso estas sustancias son factores que potencian la realización de estas conductas típicas. Aún así efectivamente, hay estudios que apoyan la estrecha relación entre estos factores y la violencia doméstica: “entre un 30% o un 40% de los maltratadores beben alcohol en exceso o toman cocaína y eso unido a los celos patológicos, se convierte en un cóctel molotov²¹⁶”.

Algunos autores distinguen dos tipos de feminicidas, partiendo de que estos agresores de mujeres no son enfermos, son personas normales: por un lado están “los que asesinan a las mujeres en vida, descuartizan su identidad, descomponen golpe a golpe su fisonomía y dejan marca indeleble en su memoria. Después las dejan vivir, pero ya han matado algo de ellas. El otro tipo es el que las asesina hasta la muerte,

²¹⁶ El País 15 de octubre de 2006, “Maltratadores en terapia”.

mantienen a la mujer matándola lentamente bajo tortura. La han aislado, la han humillado, la han sometido, la han asfixiado tratando de privarlas de humanidad. Después la asesinan hasta la muerte²¹⁷.” Hay un dato curioso que distingue eso sí, al maltratador doméstico en cuanto a su comportamiento con las mujeres dentro de casa, pues “cuando hay una violencia sobre un menor o sobre un mayor en un espacio doméstico, lo normal es que se retire al menor o al mayor, pero a nadie se le ocurre que el que ha maltratado vaya a perseguir a nadie a la puerta de la casa de acogida a golpearle. Son violencias distintas²¹⁸”.

En cuanto a la enfermedad mental de los hombres, está demostrado que la mayoría de ellos no padece ninguna anomalía psíquica: no son esquizofrénicos, ni sufren retrasos mentales, ni son ignorantes aunque aleguen que no saben lo que hacen²¹⁹. Así, en realidad, si algo define al maltratador es su normalidad²²⁰. En definitiva habrá casos que acaben resolviéndose en sede de culpabilidad en virtud de algún tipo de eximente al estimar personalidades psicopatológicas, alcoholismo, drogadicción,²²¹ lo cual se relaciona con las eximentes del art. 20. 1 y 2 CP correspondientes a las situaciones de semimputabilidad que el ordenamiento reserva para los intoxicados por alcohol o droga en el momento de cometer el hecho ilícito y

²¹⁷ MONTERO GÓMEZ, A.; “Justicia en femenino ante violencia en masculino”, Andrés Montero Gómez es Presidente de la Sociedad española de Psicología de la Violencia. Artículo publicado originalmente en el diario *El Correo*, 2 de Julio de 2005, y reproducido por *Iniciativa Socialista*, verano 2005, en <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article277>

²¹⁸ ARROYO ZAPATERO, L.; en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, de los días 9 de julio, 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a las Sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión, en concreto p. 17 de la Sesión 9. Consultar en www.congreso.es.

²¹⁹ LARRAURI PIJOÁN, E.; *Criminología crítica y violencia de género*, ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 17 Fundamentalmente esta autora se basa en tres percepciones alcanzadas por estudios de diversos autores, percepciones como: que estos hombres sólo son agresivos con sus parejas, por tanto la irracionalidad del hombre es difícilmente constatable; que la violencia es instrumental, usada para conseguir determinadas prestaciones a las que los hombres creen tener derecho y, que siempre las expectativas de obediencia de los hombres con respecto a sus mujeres encontraron un asidero legal oportuno en las leyes civiles y penales.

²²⁰ LORENTE ACOSTA, M.; *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ed. Ares y Mares, Barcelona, 2001, p. 81. En el mismo sentido SEGURA ABAD, L. J.; “La atención primaria como medio de prevención de la violencia doméstica. Aspectos médico-legales”, en Encuentros “Violencia Doméstica”, CGPJ, Madrid, 2004, p. 610

²²¹ Para un análisis más detallado consultar HUERTA TOCILDO, S.; “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 509 y sobre todo p. 539 y ss.

con la aplicación de la *actio libera in causa* en el caso de que el agresor se haya colocado conscientemente en esa situación. Al igual HIGERA GUIMERÁ afirma que “a priori el agresor no tiene ninguna patología específica que le haga serlo, pues no se ha descrito un cuadro psicopatológico común a los maltratadores²²²”, aunque continúa argumentando el autor que en caso de que se diera alguna de estas causas de semi-imputabilidad incluso de inimputabilidad, es decir ese “sopote psicopatológico” en base a la concurrencia de trastornos psicopatológicos, intoxicación por bebidas alcohólicas o alteraciones en la percepción²²³, advierte que en tales casos deberá probarse ese soporte psicopatológico y por ello resulta necesario examinar cada capacidad de culpabilidad de manera individual²²⁴.

Aunque estamos de acuerdo con que habrá casos en los que así sea, preferimos ser cautos con esa reflexión pues sin duda es “un perfil muy adecuado para evitar la incómoda asociación de la violencia contra las mujeres con la opresión de una estructura social desequilibrada e injusta²²⁵” y “lo que quizás no tuvieron en cuenta los que construyeron esta explicación patológica-individual de la violencia contra las mujeres es que la caracterización de los agresores como delincuentes de la tendencia, como auténticos enemigos sociales imposibles de recuperar, se acerca peligrosamente a las bases del llamado Derecho penal del enemigo²²⁶”.

Por lo general estas personas son muy queridas en su ámbito y nadie espera de ellos estas reacciones con la mujer. Podría argumentarse que la mayoría de ellos padece una

²²² HIGUERA GUIMERÁ, J. F.; “Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 228.

²²³ Para más información sobre estas causas, consultar HIGUERA GUIMERÁ, J. F.; “Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 229-233.

²²⁴ HIGUERA GUIMERÁ, J. F.; “Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 233.

²²⁵ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 350

²²⁶ *Ibidem*, (LAURENZO en Género, Violencia y Derecho), p. 351

doble personalidad, son solo violentos dentro de la intimidad de la casa. Como asesora en su trabajo MORILLAS FERNÁNDEZ, el verdadero problema está en identificar o sospechar quién puede ser maltratador cuando de forma externa, o de cara al exterior, no parece una persona violenta. A tal efecto, pueden señalarse a grandes rasgos una serie de caracteres comunes que van a acercarnos al perfil de maltratador:

- suele haber sido testigo o víctima de malos tratos durante su infancia
- presenta doble faz (doble personalidad)
- suele racionalizar sus sentimientos y es reservado
- son personas muy celosas
- fuera del ámbito familiar se muestra inseguro y con baja autoestima
- considera a la mujer o a los familiares más cercanos como algo de su propiedad
- utiliza la violencia para ejercer poder y control
- no se reconoce como maltratador.²²⁷

Un dato importante y que es necesario resaltar aquí por lo positivo del mensaje es que según los últimos datos parece que la violencia machista remite en las nuevas generaciones, es decir, que sobre todo se usa en las personas más mayores y poco en la juventud.²²⁸

En México, PÉREZ FONS nos hace una descripción del perfil del agresor en el DF, comentando al respecto, que éste se ubica entre los 21 y 40 años de edad, con estudios completos de secundaria y bachillerato, tiene una actividad remunerativa fija y, un dato importante, es un consumidor asiduo de bebidas alcohólicas. Y por otro lado el Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar (CAVI) afirma que este fenómeno se presenta en todos los estratos sociales, económicos y culturales. No obstante, es en la clase media

²²⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis Criminológico del delito de Violencia de Doméstica*, Cádiz, 2003, p. 77-78. En esta línea de intentar dar características propias de los maltratadores, aparece un estudio en el diario *El Mundo* el día 7 de mayo de 2008 “Simplemente, asesinos machistas”, estableciendo unos parámetros medios del maltratador doméstico, alegando que se trata de hombres en su mayoría españoles (73.10%) entre los 30 y los 45 años, especificando incluso que cuando se usó arma blanca la media fue de 16 puñaladas, y acotando inclusive los tramos horarios que benefician el maltrato, estableciendo el más peligroso el que va de nueve de la noche a dos de la madrugada y, que el 74,44% vivía con su pareja, etc.

²²⁸ El País 5 de Diciembre de 2008, “El agresor machista envejece. El maltratador tipo ronda los cuarenta años- se muestra violento ya en el noviazgo o tras la boda- Víctimas y verdugos pertenecen a cualquier clase social”.

y media baja donde más casos se registran²²⁹. Esta afirmación nos indica que las estadísticas estatales o públicas muestran datos de las clases más necesitadas, pues las mujeres con recursos acuden a centros privados que no se reflejan en la estadística pública, que es un argumento muy utilizado por cierto sector del Feminismo. Otros autores apodan “villano” al padre de familia que golpea²³⁰ a sus hijos o mujeres. Pero realmente el tal “villano” no es sino la pieza ejecutora de un mecanismo más complejo en el que participan o están involucrados en forma más amplia otros miembros de la familia²³¹. En realidad el mundo es en sí un cosmos de violencia, por tanto este autor no es que justifique la postura del padre golpeador, pero sí parece advertir que todo esto responde a una estructura vertical de poder donde impera, desde siempre, la ley del más fuerte.

Por lo general, estas personalidades son débiles y frustradas, precisamente canalizan dicha frustración con quien saben que pueden hacerlo, el ser más débil y cercano, sus mujeres. Y en muchos casos los hijos, bien directa o indirectamente. Directamente si los malos tratos los sufren en primera persona a modo de palizas, e indirectamente a través del sufrimiento y de las palizas propinadas a la madre. La impresión que estos comportamientos provocan a nivel psicológico en un niño nunca sana y los predisponen a la repetición de conductas en su era adulta²³². Además de la baja autoestima que caracteriza a estos seres violentos, los trastornos que presentan estas personalidades se cifran en los siguientes²³³:

- trastorno antisocial: frialdad afectiva y falta de empatía
- trastorno paranoíde: desconfianza y celos presentes de forma constante

²²⁹ PÉREZ FONS, R. Y ALAMILLA SANDOVAL, N. (coaut.); en Propuestas para abatir la violencia intrafamiliar, *ASAMBLEA*, Vol. 2, Núm. 18, Julio 1996, México DF, p.15.

²³⁰ En México se usa la expresión “hombre golpeador”.

²³¹ MACIAS AVILÉS, R.; “Hacia un código del niño y la familia”, *Comisión estatal de derechos humanos*, Núm. 12, Enero-Junio 1996, San Luis Potosí S. L. P, México, p.154.

²³² Un claro ejemplo de cómo la violencia doméstica es repetida por los hijos lo tenemos en el hijo de Ana Orantes, el cual fue denunciado por malos tratos en mayo de 2005, así se puede consultar en El Mundo 17 mayo 2005 “En libertad con cargos el hijo de Ana Orantes tras ser detenido por malos tratos a su compañera”.

²³³ ECHEBERÚA, E. Y AMOR, P. J.; “Hombres violentos en el hogar: perfil psicopatológico y programas de intervención”. Facultad de Psicología. Universidad del País Vasco. *La Criminología Aplicada II*. Madrid, España, Consejo General del Poder Judicial, 1999 (Cuadernos de Derecho Judicial, VII).

- trastorno narcisista: sujeto necesitado de una estimación permanente.

Gran parte de los maltratadores no admiten el reproche a su comportamiento violento y niegan la conducta, como si borrasen de la mente ese episodio. Es la base para comenzar con un tratamiento, que en España comienzan a tomar conciencia a partir del año 95; sin esa base nada es posible cambiar: que el hombre se reconozca agresor. Aún así, se estima que entre un 40 y un 60 por ciento de los hombres que comienzan las terapias acaban abandonándolas. El éxito se estima en un 35 por ciento de los casos, los cuales no vuelven a ejercer violencia sobre sus parejas o ex parejas. Un estudio reciente (a 13 de octubre de 2006) realizado a 148 condenados por violencia de género distribuidos en 18 cárceles españolas, demuestra, según ECHEVERÚA, que el “riesgo de reincidencia es moderadamente alto”. En el mismo estudio, los psicólogos de las prisiones de Álava y Alicante y el psicólogo del Instituto Andaluz de las Mujeres coinciden en afirmar que no existe un perfil del maltratador, pero sí unos rasgos de personalidad comunes a todos ellos, “son personas con una ideología de dominio, inseguras, machistas, incapaces de controlar la ira..., que van anulando a su víctima mediante un proceso de ensayo y error...”²³⁴.

Desde la perspectiva preventiva, en la medida en que disminuya el número de hombres violentos contra la pareja, también lo hará la violencia futura. Se trata en definitiva, de interrumpir la cadena de transmisión intergeneracional y el aprendizaje observacional por parte de los hijos²³⁵. La concienciación del propio género masculino en esta materia es un paso importante para acabar con los índices desorbitados de violencia, así se celebró la primera manifestación de hombres en contra de la violencia machista en Sevilla en octubre de 2006 bajo el lema “El silencio nos hace cómplices. Hombres contra la violencia machista”, esperemos suponga el inicio de una política social incentivada desde la sociedad misma, consciente del esfuerzo generalizado que la solución a este problema demanda.

²³⁴ El País 15 de octubre de 2006 “*Maltratadores en terapia*”. Otra noticia aparecida en el mismo periódico el día 23 de junio de 2008 habla de la “*primera promoción de maltratadores reeducados*”, actualmente los responsables del programa realizan el seguimiento a 150 maltratadores por orden judicial. A los primeros *graduados* se les realizará ahora un seguimiento durante 18 meses.”

²³⁵ ECHEVERÚA ODRIOZOLA, E., “Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja”. Catedrático de Psicología clínica de la UPV; en *La violencia Doméstica: su enfoque en España y el Derecho Comparado*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2005. p.166.

En contra de lo que suele ocurrir con el tratamiento del delincuente habitual peligroso²³⁶, al que se suele juzgar imponiendo una pena y su cuantía a ejecutar, negándole casi siempre otras alternativas penales menos perjudiciales como son la suspensión condicional o la sustitución por otras penas que no sean las privativas de libertad, la Ley de Violencia de género ha sido más benévola en este sentido, apostando por una intervención más social del agresor de mujeres²³⁷. Así lo corrobora el reformado art. 83. 1 del CP, cuando supedita la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad al seguimiento de un plan formativo en los delitos de violencia de género, diferenciándose de la regulación anterior pues la LO 11/2003 se centró en la víctima introduciendo los apartados 1º y 2º en el art. 83.1, es decir, la prohibición de acudir a determinados lugares y la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal o de comunicarse con ellos, sin embargo, la LO 1/2004, introduce esperanzas preventivo especiales para el maltratador, en este sentido se interpreta la introducción del apartado 5º del art. 83.1; participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares²³⁸. En el último de los capítulos comprobaremos si tales medidas son las bondades que parecen ser.

Un buen programa no está basado solo en consideraciones objetivas sino también normativas o valorativas, “los programas aplicados tratan de descubrir qué es lo que funciona, y para tal fin se apoyan en las aportaciones de una mezcla de diferentes teorías y de conocimientos y presentimientos basados en el sentido común²³⁹”. Lo cierto es que

²³⁶ SANZ MORÁN, A. J.; “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en BUENO ARÚS, F., KURY, H., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y ZAFFARINI, E. R.; *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios Homenaje al Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, 2006, p. 1085.

²³⁷ MONTALBÁN HUERTAS, I.; “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en TENA FRANCO, I.; *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el derecho Comparado*, Madrid, CGPJ, D.L, 2005, p. 292.

²³⁸ Para más información puede consultarse lo expuesto al respecto por LAURENZO COPELLO, P.; “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006, p. 363-364.

²³⁹ AKERS, R. L.; “Aplicación de los principios del aprendizaje social. Algunos programas de tratamiento y prevención de la delincuencia” en BUENO ARÚS, F., KURY, H., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y ZAFFARINI, E. R.; *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios Homenaje al Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, 2006, p. 1119.

los planes formativos pueden ser muy variados, incluso los destinados a maltratadores, así MARTÍNEZ GARCÍA pone de ejemplo el protocolo firmado en Alicante para implantar los planes de reeducación, el cual consta “de 24 horas distribuidas en jornadas de dos días con ocho horas, por jornada. Se trata de jornadas informativas y reeducativas pero no en una terapia conductual. El control de su cumplimiento corresponde al Juzgado de lo Penal que ejecute la medida sustitutiva de la pena suspendida²⁴⁰”.

También Castilla y León cuenta con este tipo de medidas enmarcadas en las diferentes políticas que dentro de la comunidad se han ido llevando a cabo, como la Ley 1/2003 de 3 de marzo de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León y del Plan Regional contra la Violencia hacia la mujer en Castilla y León (2002-2005). En esta Comunidad Autónoma, en el tratamiento se trabajarán las tres áreas fundamentales la intervención psicológica, la conductual, la cognitiva y la afectivo-relacional. La modalidad de intervención será básicamente individual aunque con opción a la grupal y a la terapia de pareja cuando el profesional lo considere oportuno²⁴¹.

En realidad no nos interesa tanto ahora advertir la teoría criminológica que está de fondo en el programa formativo, sino más bien, advertir si en realidad en esta ocasión se ha apostado por una política criminal menos agresiva o no, en contra del viraje general que está sufriendo la sociedad internacional apostando por el Derecho Penal del Enemigo, permitiendo la recuperación del agresor con una terapia concreta y no con más cárcel.

2. SUJETO PASIVO: “LA MUJER MALTRATADA”

Respecto de la víctima en la mujer-pareja²⁴², reconocemos una vigorosa legislación a partir de los años 50 del siglo pasado. Una vez más, Naciones Unidas fue la encargada

²⁴⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, E.; *La tutela judicial de la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2008, p. 218 y 219.

²⁴¹ Junta de Castilla y León, Programas de Apoyo psicológico para la erradicación de la violencia de género. Servicio de tratamiento psicológico dirigido a hombres que ejercen la violencia hacia las mujeres: “Programa Fénix”.

²⁴² A partir de ahora, siempre que hagamos mención al sujeto pasivo de la violencia de género, lo haremos referido a la mujer-pareja aludiendo a la terminología utilizada por LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y Violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007.

de convocar reuniones a nivel internacional para intentar dar una definición unánime y consensuada de víctima, es el caso del VI Congreso celebrado en Caracas en 1980. Son muchos los autores que han tratado de ir especificando el concepto de víctima. Por ejemplo, DE VEGA RUÍZ distingue entre lo que es la doctrina tradicional dogmática, que la equipara al sujeto pasivo de la infracción que directamente sufre en su persona el menoscabo de sus derechos (el perjudicado), relegando a todos los demás afectados de forma mediata por el delito a la condición de terceros. Y lo distingue de una segunda postura que considera víctima no sólo al sujeto pasivo, sino que también incluye a toda persona física o jurídica que directa o indirectamente sufre un daño notable como consecuencia inmediata o mediata de una infracción²⁴³.

En definitiva argumenta MORILLAS FERNÁNDEZ que el término víctima puede adoptar varias acepciones, desde la originaria (ofrenda a la divinidad), la popular (de sufrimiento), la jurídica (padecer por un acto ilícito), la penal restringida (sujeto pasivo), la penal amplia (sociedad ofendida por el delito) o la victimológica, ya sea en su vertiente general o criminal²⁴⁴. Aunque será en el último capítulo cuando veremos cómo el propio término no ayuda a la dignificación de las personas así denominadas.

Está claro que el sector más discriminado dentro de la familia ha sido el de las mujeres, seguido por el de los menores, los ancianos y los hombres. Así se demuestra en varios estudios sobre la materia, como el que se llevó a cabo en diversos Juzgados de lo Penal, Juzgados de Instrucción y Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo, sobre la base de 4.648 registros, en los que se demuestra que “el grueso de los casos que llegan a los Juzgados de Instrucción y Juzgados de lo Penal corresponden a supuestos de violencia en la pareja, y sólo una cuarta parte corresponde al maltrato a menores y ascendientes²⁴⁵”. En México DF, de acuerdo a las cifras (de 1996) del Centro de Atención a las Víctimas de Violencia Intrafamiliar

²⁴³ DE VEGA RUÍZ, J. A.; *Las agresiones familiares en la violencia doméstica* Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 42.

²⁴⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.; *Análisis Criminológico del delito de violencia doméstica*, Cádiz, 2003, p. 91.

²⁴⁵ CALVO GARCÍA, M., Coordinador del LSJUZ y Co-director científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de OTAN, en “Análisis Socio-jurídico de la Violencia de Género” en Congreso sobre la Violencia Doméstica. Observatorio sobre la Violencia Doméstica, 12 y 13 de Junio de 2003. CGPJ Madrid 2000, p. 151.

(CAVI): de cada 10 personas que acudieron en busca de ayuda, 9 fueron mujeres o esposas que habían recibido algún tipo de maltrato y el individuo restante era hombre, menor o anciano²⁴⁶.

Tales cifras se asemejan en los registros manejados a nivel mundial, de cuyo total el 90 por ciento de los casos es la mujer la golpeada, la que resulta muerta, o sufre algún tipo de agravio; y el 10 por ciento restante corresponde a los niños, ancianos y hombres. Tal vez lo más importante a los fines de la identificación del sujeto pasivo, sea describir si hay un prototipo o no de personalidad femenina sobre las que sean más factibles estos abusos. Lo cierto es que tras el dominio psicológico ejercido, el sometimiento físico y sexual es difícil resistir. No hay unas características previas en las mujeres que las hagan propensas al maltrato, pero sí hay unas características en su personalidad tras haber sido víctimas de un maltrato continuado. Las mujeres no son vulnerables, son vulneradas²⁴⁷.

Lo que sí es fácilmente concebible, cuando la mujer se decide a interponer una denuncia en contra de su compañero o ex-compañero sentimental, es que esto le provoque un auténtico impacto físico y emocional, afectada por el sentimiento del fracaso personal y el enfrentamiento al problema de la separación²⁴⁸. Por lo que para evitar una doble criminalización es fundamental preparar y educar a los Cuerpos de actuación en estos casos en una especial sensibilidad. Es el caso en España de los Servicios de Atención a la Mujer de la Policía, y los Equipos de Mujeres y Menores de la Guardia Civil²⁴⁹, al igual que a los Jueces de Guardia. Abundan también los mitos

²⁴⁶ PÉREZ FONTS, RAFAEL Y ALAMILLA SANDOVAL, NORA, coaut en “Propuestas para abatir la violencia intrafamiliar”, *ASAMBLEA*, Vol. 2 N 18, Julio 1996, México DF, p. 15.

²⁴⁷ Ver en este sentido BUSTOS, J.; LAURRARI, E.; *Victimología: presente y futuro*, Barcelona, 1993, p. 74 autores que expresan la idea en torno al papel de la víctima en general, que “resulta contradictorio que el Estado se apropie del conflicto y coloque en una especie de capacidad disminuida a la víctima, pues entonces se acentúa el proceso de victimización y por tanto de desigualdad en su posición en el sistema. De ahí entonces que resulte necesario que el sistema penal le devuelva a la víctima, si es que realmente quiere protegerla, su conflicto social”. Los autores con esta idea no sólo apuestan por un penal mínimo sino además por un Derecho penal de alternativas, haciendo hincapié en la primera y tercera victimización, pero sobre todo en la segunda, referida a que sean, víctima y ofensor, los que resuelvan su conflicto”.

²⁴⁸ GANZENMÜLLER ROIG, G., ESCUDERO MORATALLA, J. F., FRIGOLA VALLINA, J., *La Violencia Doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, 1999, Barcelona, p. 180

²⁴⁹ Más conocidos por sus siglas: los SAM y los EMUNES.

que se han creado alrededor de la mujer maltratada, citaremos los más conocidos y su identificación en la realidad de nuestros días.

Mucho se especula sobre la pobreza, como caldo de cultivo propicio del que emergen estas personalidades debilitadas. En cierta manera es real que la pobreza es un incentivo, puesto que si la mujer depende económicamente del marido ésta no verá más salida que permanecer junto a él, pero junto a ésta, hay otro tipo de dependencia que caracteriza a estas mujeres, se trata de la dependencia afectiva. En la mayoría de los casos hay niños de por medio, son relaciones duraderas, muchos años de casados y muchas cosas compartidas. Puede parecer que las mujeres de bajos recursos económicos son las que más padecen este tipo de violencia porque son las que acuden a los servicios sociales, al médico de la seguridad social y al abogado de oficio, por lo tanto, son las que aparecen en las estadísticas del Estado. Así se desprende del estudio llevado a cabo por la doctora GROSSMAN en Argentina: no hay preeminencia de clase social, simplemente lo que ocurre es que en las clases sociales altas se tomen precauciones para que no se entere el resto²⁵⁰. Pero en verdad también podemos pensar en el estigma que esta violencia crea en una mujer cuyo marido es un profesional de reconocido prestigio, ante la dificultad de que la sociedad lo identifique como maltratador. En verdad, la educación en una profesión poco o nada tiene que ver con la educación no sexista, que es la que realmente refuerza el respeto a las mujeres. Es por eso que esa afirmación de la no distinción entre clases sociales venimos matizándola a lo largo de todo el capítulo.

Bien se puede concluir al respecto que, la mayoría de las mujeres maltratadas forman parte de la población económicamente activa, aptas para ser fuerza de trabajo, de hecho las que realmente tienen un trabajo remunerado generan una mayor plusvalía que los hombres en iguales empleos, debido a que su sueldo es menor que el de sus compañeros. En determinadas sociedades la mujer es más consciente del maltrato recibido pero en muchas otras todavía no se reconocen maltratadas, no conocen sus derechos, es algo que las políticas públicas de los diferentes gobiernos deben solventar. En muchas ocasiones la mujer no es ni siquiera consciente del maltrato que está

²⁵⁰ GROSSMAN, MESTERMAN, ADAMO, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. Ed. Universidad Buenos Aires, 1989, p. 341. Críticamente al respecto de estas tesis universalistas LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 33 y ss.

recibiendo, está tan asumido que es lo más normal, legitimándose así situaciones familiares de subordinación y dependencia llevadas al extremo. Así por ejemplo en México hay muchas mujeres que ni siquiera se imaginan víctimas de violencia intrafamiliar, y esto es lo que las distingue enormemente, por ejemplo, de las mujeres de los Estados Unidos²⁵¹. En España parece que en los últimos años esto si se ha conseguido, con todas las campañas informativas y con la expansión de los medios de comunicación, cada vez son más mujeres las que denuncian.

En palabras de GARCÍA PABLOS, “la vivencia de los malos tratos por la víctima es particularmente traumática. En primer lugar, porque los malos tratos en sí mismos y en la percepción social, naturalmente evidencian un severo fracaso personal, ya que el agresor no es un extraño, un desconocido, sino que pertenece al núcleo íntimo de la víctima («su» marido, «su» pareja, etc.). En segundo lugar, porque la frecuente dependencia económica del sujeto pasivo respecto del maltratador mediatiza la autonomía de la mujer y limita drásticamente su capacidad real de decisión. En demasiadas ocasiones, el factor económico esclaviza a la víctima y blindo al agresor. Finalmente, porque a tales circunstancias se añade la ineficaz y desorganizada respuesta del sistema legal, torpe, lento y poco motivado, que la víctima percibe muy negativamente (victimización secundaria); y, desde luego, el mensaje corrosivo de las denominadas «técnicas de autojustificación» que legitiman el comportamiento delictivo del maltratador y paralizan la intervención del sistema legal con falaces argumentos y coartadas (así, por ejemplo, la redefinición de los malos tratos como problema doméstico o interno de la pareja en el que el Derecho no debe interferir, la atribución de tales «sucesos» o «incidentes» ocasionales a factores psicopatológicos (personalidad del agresor, influencia del alcohol, etc.) individuales del maltratador o incluso a la propia víctima (supuesta provocación de la agresión por la conducta de la mujer hacia la autoridad del varón)²⁵²”.

Aunque no haya un perfil predeterminado de mujer maltratada, se han llevado a cabo numerosos estudios que tratan de acercarnos a un posible prototipo de mujer: la

²⁵¹ DÍAZ OLAVARRIETA, C.; “Violencia contra las mujeres”, *Revista de la UNAM*, Vol. LIII, núm. 2, Extraordinario, 1998, México DF, p. 23.

²⁵² GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*. 5ª ed. corregida y aumentada. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, p. 156 y ss.

experiencia en una casa de acogida de las autoras BRAVO CAMPANÓN y REBOLLO SÁNCHEZ, pertenecientes a la Dirección General de la Comunidad de Madrid, nos muestra los siguientes datos sobre el perfil y las características de las Mujeres atendidas en dicha casa de acogida;

- La media de edad está entre 25 y 35 años
- Entre 1 y 4 hijos (media de 2 hijos)
- Nivel medio de estudios entre EGB y COU
- Trabajo: contratos en formación, dependientes de distintas Administraciones
- Medida de ingresos económicos: 500-700 euros al mes
- Con maltrato físico, psíquico y sexual
- Entre 7 y 10 años de malos tratos (de la misma o diferentes parejas)
- En el 80% de los casos, el primer embarazo se produce antes de los 6 meses del inicio de la convivencia como pareja.
- El 80% tiene nacionalidad española, 20% nacionalidad extranjera²⁵³.

Para el caso de México, los estudios reseñan, en cuanto al perfil de las agredidas, que éstas eran en su mayoría madres de familia que se dedicaban al hogar, con una edad que oscilaba entre los 21 y 30 años y que cursaron estudios de primaria y secundaria²⁵⁴. Y según el estudio de JIMÉNEZ HATA, en el mismo año, 1996, hubo 5266 víctimas de violencia intrafamiliar en el DF, de ellas el 90 por ciento eran mujeres: 37 por ciento tenía entre 21 y 30 años; 58 por ciento estaban casadas, mientras que el 22 por ciento vivían en unión libre y el 1.1 por ciento en amasiato. El 51 por ciento tenía estudios de primaria y secundaria, el 43 por ciento se dedicaba a las tareas del hogar, y el 3.5 por ciento eran analfabetas²⁵⁵.

El sentimiento más común en todas ellas es el estado de indefensión ante el constante abuso de poder de la pareja o marido. Están empujadas a todos los niveles: social, físico y sobre todo psicológico, es lo que LORENTE ACOSTA ha

²⁵³ BRAVO CAMPANÓN, C. y REBOLLO SÁNCHEZ, I.; “Casas de acogida: desde la experiencia a la reflexión” en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005, p. 320.

²⁵⁴ PÉREZ FONTS, RAFAEL Y ALAMILLA SANDOVAL, NORA, coaut. en “Propuestas para abatir la violencia intrafamiliar”, *ASAMBLEA*, Vol. 2, N 18, Julio, 1996, México DF, p. 15.

²⁵⁵ GALEANA, P.; “Mujer, Justicia y Derechos Humanos” en *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época Núm. 4, 1998, México DF, p. 62.

denominado “personalidad bonsái²⁵⁶”. Carecen en muchas ocasiones de apoyo externo que les sirva de palanca para salir del círculo vicioso en el que están envueltas. No obstante, los soportes de estudios e investigaciones como los citados concluyen en su mayoría afirmando la no existencia de un perfil determinado.

En el caso de la mujer el homicidio parece ser el desenlace de múltiples episodios de violencia en los que, algunas veces, ella ha ocupado el lugar de víctima, otras de victimario, y en donde los motivos parecen más complejos y difíciles de descifrar pues solo en apariencia subvierten su ser-mujer²⁵⁷. Por otra parte, su perfil homicida es muy leve, aunque sí hay muchas mujeres que como única vía ven la muerte del marido, por lo tanto algunas deciden acabar con su vida y otras optan por su propia muerte mediante el suicidio²⁵⁸. ELENA AZAOLA hace un estudio sobre las mujeres en la cárcel situada al sur de la Ciudad de México, en la que de cincuenta mujeres encarceladas, once lo estaban por homicidio cometido en contra de su pareja, los motivos que alegan son el maltrato, la infidelidad y sobre todo las continuas humillaciones que muchas veces toleraron durante años. De esas once mujeres, el 78% pertenece a un estrato social bajo, el 16% a uno medio, y el 6% es de clase alta²⁵⁹.

Cabe reseñar brevemente un caso muy polémico en España como lo fue el “caso Tani”, en el que una mujer gitana, cansada de las constantes episodios de violencia por parte de su marido, le dispara provocándole la muerte. Esto acontece en el transcurso de uno de esos días en los que el marido llega a la casa (en estado de embriaguez) y amenaza a su mujer con matarla, y ella acaba disparándole. La Audiencia Provincial de Madrid, condenó a Tani a 14 años de pena privativa de libertad, por lo que como vemos no aplica la legítima defensa (al no producirse la defensa ante un ataque actual ni

²⁵⁶ LORENTE ACOSTA, M. y LORENTE ACOSTA, J. A.; *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Ed. Comares, 1998, Granada, p. 206.

²⁵⁷ AZAOLA E.; “Mujeres sentenciadas por homicidio en la Ciudad de México”, *CRIMINALIA*, Año LXI, Núm. 3, Septiembre- Diciembre 1995, México DF, p.110

²⁵⁸ Estudio sobre el *Suicidio y la violencia de género*, que se presentó en Madrid el 29 de Septiembre de 2006 y en el que, según un Informe de la Federación de Mujeres Progresistas, “el 81 % de mujeres maltratadas ha intentado suicidarse, concretamente el 63% de las mujeres maltratadas intentó suicidarse y requirió asistencia médica para salvar su vida, y el 18% pensó en la idea del suicidio como salida a situación de violencia que estaban viviendo”.

²⁵⁹ AZAOLA E.; “Mujeres sentenciadas por homicidio en la Ciudad de México”, *CRIMINALIA*, Año LXI, N 3 Septiembre- Diciembre 1995, México DF, p.108 y 114.

inminente). El caso fue tan difundido por los medios de comunicación²⁶⁰, que la gente salió a la calle para pedir su indulto. Tal fue la presión social para el Gobierno que éste le fue concedido.

Un caso parecido es el que analizan HASSEMER y MUÑOZ CONDE basándose en un ejemplo de FLETCHER, el caso es el siguiente: “Jonh Norman maltrataba sistemáticamente a su esposa, Judy. Cuando estaba borracho, la agredía, le arrojaba vasos y botellas, apagaba cigarrillos en su cuerpo y le aplastaba comida en la cara. Además la obligaba a prostituirse para ganar dinero y delante de sus familiares y amigos y en plena calle se burlaba de ella. Cuando no estaba satisfecho con sus ganancias, le daba una paliza y le llamaba “perra” y “puta”. En algunas ocasiones le obligó a comer la comida de los perros y a dormir en el suelo. Estas prácticas degradantes se produjeron ininterrumpidamente casi durante veinte años, hasta que un día, aprovechando que su marido, después de haberle dado la consabida paliza diaria, dormía tranquilamente la siesta, Judy le disparó un tiro en la nuca con la pistola que el mismo guardaba en el cajón de la mesita de noche²⁶¹”.

En ambos casos, el desenlace de la muerte del maltratador a manos de su víctima, se ve provocado por el estado de terror continuado de la mujer. La aplicación de la legítima defensa en estos casos es difícil porque la reacción de la mujer no se produce ante un ataque inminente y actual del agresor²⁶². Situación de no justificación, que en el caso de Tani debido a la presión social llegó al indulto en el 2001.

²⁶⁰ El Mundo, 17 de noviembre de 2000, “Espera volver a casa en navidad. El fiscal pide el indulto parcial para Tani con ocho años menos de condena”. También en “Tani ingresó en prisión”, en mujeres en red, el periódico feminista, <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article756>

²⁶¹ HASSEMER, W, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Valencia 2001, p. 37. En España ha habido varios casos similares, como el de la Dulce Neus en 1981 y el caso Tani en 1999, ambas mataron a sus maridos tras aguantar años de violencia, pero en el primer caso la mujer fue condenada a 28 años y cárcel y en el segundo fue indultada, una respuesta jurídica y social distinta, son los años 80 y 90 años de cambio de actitud ante el problema de la violencia de género, más información en El Mundo, 10 de diciembre de 2000, “De la cruel Neus a la Dulce Tani”, en <http://www.elmundo.es/cronica/2000/CR269/CR269-12a.html>

²⁶² Uno de los mayores problemas para aplicar la legítima defensa en estos casos es que uno de los requisitos de esta causa de justificación “agresión ilegítima actual” no cabe apreciarse, así, LARRAURI, E.; “Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del derecho”, en LARRAURI, E.; VARONA, D.; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, p. 32 hace una comparación con la legislación americana y critica que esperar a que el ataque sea actual equivale a condenar a la mujer a asesinato a plazos.

Como ya hemos hecho mención, resulta difícil establecer unas características comunes a las mujeres antes de recibir el maltrato. Sin embargo, es fácil concluir las similitudes que tras el comportamiento violento van a aparecer en ellas. LORENTE ACOSTA nos explica todos estos cambios que se producen en el estado anímico y físico de una mujer, a través de un estudio de Medicina Legal, clasificando estas características en diferentes síndromes; distingue entre el Síndrome de Agresión a la Mujer (SAM), el Síndrome de Maltrato a la Mujer (SINAM) y el Síndrome de la Mujer Maltratada (SIMUN)²⁶³ que más adelante desarrollaremos. Los efectos de la violencia de género provocan que la mujer se sienta vulnerable y diferente, con lo cual el estado personal en el que se encuentra, hace que pese sobre ella un estigma social que solo podrá descargar mediante la denuncia y el alejamiento de esa situación. Así lograría deshacerse del control conseguido durante los años de malos tratos. Dejará de esconder el comportamiento violento del marido echándole la culpa a su torpeza “al darse todos los días golpes con las puertas”. El síndrome de la mujer maltratada es un síndrome relacionado con la ansiedad y que se equipara al síndrome de estrés postraumático recogido en el DSM-IV: “la característica esencial del trastorno por estrés postraumático es la aparición de síntomas característicos que siguen a la exposición a un acontecimiento estresante y extremadamente traumático, y donde el individuo se ve envuelto en hechos que representan un peligro real para su vida o cualquier otra amenaza para su integridad física; ...o bien el individuo conoce a través de un familiar o cualquier otra persona cercana acontecimientos que implican muertes inesperadas o violencias, daño serio o peligro de muerte o heridas graves²⁶⁴”. Uno de los criterios para el diagnóstico del trastorno de estrés postraumático es comprobar que “la persona ha estado expuesta a un acontecimiento traumático en el que ha existido; 1) la persona ha experimentado, presenciado o le han explicado uno (o más) acontecimientos caracterizados por muertes o amenazas para su integridad física o la de los demás y 2) la persona ha respondido con un temor, una desesperanza o un horror intensos²⁶⁵”.

²⁶³ LORENTE ACOSTA, M. Y LORENTE ACOSTA, J. A.; *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*. Editorial Comares, 1998, p.4, 76 y 100.

²⁶⁴ LÓPEZ IBOR-ALIÑO, J. J.; (Dir. de la edición española), *DSM-IV, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (responde a sus siglas en inglés, DSM; Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)*, , Masson, Barcelona, 1995, p. 434-435.

²⁶⁵ Ídem., p. 349.

Al igual que se apuesta por la terapia de los agresores, la víctima está necesitada de atención especializada. La actuación en los dos sujetos implicados es fundamental para devolver a la sociedad personas capaces de solventar problemas futuros de una manera sana. Por ello la composición del fenómeno desde el binomio formado por la Ciencia Penal y la Criminológica coadyuvan en la medida en que se compenentran para la lucha eficaz contra el crimen. En materia de tratamiento clínico, un estudio realizado en talleres y grupos de reflexión asegura la consecución del empoderamiento de las mujeres, la asunción de la toma de decisiones y no más victimización, por lo que dichas terapias conjuntas ayudan y posibilitan el cambio²⁶⁶.

2.1. Consecuencias que provoca esta violencia en las mujeres

2.1.1. Especial consideración al síndrome de la mujer maltratada

Como hemos visto, es difícil adivinar la concurrencia de características propias que deba reunir una mujer para ser blanco de maltrato, sin embargo, con carácter general, tras las palizas reiteradas, la persona queda atrapada bajo los efectos de lo que los especialistas vienen denominando *síndrome de la mujer maltratada*. Esta teoría ha sido secundada por gran parte de la doctrina, estableciendo que la misma supone una realidad criminológica material²⁶⁷. Las consecuencias a nivel personal y a nivel social que este tipo de conductas violentas generan son tan importantes para conocer el alcance de la violencia como lo son las propias causas que la originan. Se han realizado abundantes y diversos estudios sobre la situación resultante de un maltrato y los datos son alarmantes. Nos sirven para comprender esa típica pregunta ante un caso de maltrato, saber por qué la mujer no es capaz de abandonar esa relación que le está aniquilando, por qué esa indefensión aprendida²⁶⁸.

²⁶⁶ NOGUEIRAS GARCÍA, B., BLANC PRIETO, P., PLIEGO CID, P., “Los talleres y grupos de reflexión entre mujeres como prevención de la violencia. Una experiencia en una concejalía de Mujer” en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005, p. 351 y ss.

²⁶⁷ ARROYO ZAPATERO, L.; en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, de los días 9 de julio, 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a las Sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión, en concreto p. 18 de la Sesión 9. Consultar en www.congreso.es.

²⁶⁸ Según los estudios psicológicos de Martin SELIGMAN y sus experimentos con ratones y perros, a los que exigía buscar una salida a una situación fácil, tras haberles sometido a pequeñas descargas eléctricas, soluciones que el resto de ratones y perros no sometidos a descargas eran capaces de encontrar.

Este estado que interioriza toda mujer violentada es el llamado Síndrome de la Mujer Maltratada acuñado así por primera vez por Leonor Walter en los años 70 y 80 del pasado siglo, quien describe el “battered woman Syndrome” al que una mujer llega tras haber pasado al menos dos veces por el ciclo de la violencia descrito por la Dra Walker²⁶⁹.

LORENTE ACOSTA haciéndose eco de estos estudios, va más allá y distingue varias patologías, entre el Síndrome de Agresión a la Mujer (SAM), definiéndolo como “las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionamientos socio-culturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una situación de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de una relación de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral²⁷⁰”; del que derivan el Síndrome de Maltrato a la Mujer (SINAM) como el “conjunto de lesiones físicas y psíquicas resultantes de las agresiones repetidas llevadas a cabo por el hombre sobre su cónyuge o mujer a la que estuviese o haya estado unido por análogas relaciones de afectividad²⁷¹”; y el Síndrome de la Mujer Maltratada (SIMUN) que consiste en las “alteraciones psíquicas y sus consecuencias por la situación de maltrato permanente. Este síndrome no debe confundirse con los otros dos, ya que estos se centran en el cuadro lesional y las características de los elementos que lo configuran, siendo el síndrome de la mujer maltratada consecuencia del maltrato a la mujer²⁷²”.

El síndrome de estrés postraumático con carácter general “aparece en un número considerable de víctimas; en cualquier delito un 25%, en agresiones sexuales un 50%-60% y en la violencia doméstica un 50-55%. La violencia repetida, el trauma repetido, el temor a vivir nuevos episodios no desaparece con la separación, ya que las mujeres

²⁶⁹ LARRAURI de Walker en *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, p. 23.

²⁷⁰ LORENTE ACOSTA, M., Y LORENTE ACOSTA J. A., *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*. Ed. Comares, Granada, 1998, ver el Prólogo.

²⁷¹ Ídem, p. 76

²⁷² Ídem, p. 100.

siguen muchas veces en contacto con los agresores a través de procesos judiciales o de los propios hijos²⁷³”.

2.1.2. El ciclo del maltrato

El ciclo de la violencia fue estudiado por la misma autora WALKER y sería el siguiente:

Una *primera fase* de tensión acumulativa, es decir, un periodo en el que se acumula tensión: ocurren incidentes menores, donde la mujer intenta calmar a su pareja haciendo las cosas como cree que no le enfadarán, comienza a apartarse de sus núcleos de apoyo como familiares o amigos. Pero la situación empeora, la mujer acepta las amenazas y se reconoce culpable de la violencia recibida, lo cual refuerza la posición masculina. Una vez que se repite el ciclo, las mujeres intentan hacer más larga esta fase pero ocurre lo contrario, esta cada vez va cediendo más terreno a la siguiente: la explosión violenta.

En esta *segunda fase*, después del cúmulo de tensión explota la fase de maltrato agudo, prevalece el uso de la fuerza física, psíquica, sexual y económica lo cual hace que la mujer entre en un estado de angustia, pierde el control. Al principio es de las fases más cortas pero una vez repetido el ciclo cada vez son más largas y destructivas. La mujer es consciente de que si se resiste al maltrato la situación empeorará, por ello huye en la búsqueda de un lugar más seguro (la casa de familiares o amigos...), y cuando lo encuentra, se niega así misma todo lo ocurrido y quiere retornar con su pareja, debido a que éste se da cuenta que puede perderla se arrepiente de lo ocurrido, pide perdón, y parece renovado haciendo alarde de cambio convenciendo de ello a la mujer y con su aceptación se da pie al comienzo de la *tercera etapa*, la denominada “luna de miel”, calma o reconciliación, fase de promesas en las que se aparenta volver a una relación de normalidad y a una vida sin violencia, no tardará en volver a reiniciarse el ciclo de la violencia.

Cada vez son más cortos los periodos de reconciliación y se recrudecen y alargan los otros dos. Esto genera que las consecuencias de la violencia intrafamiliar sean múltiples,

²⁷³ MÚGICA SAN EMETERIO, E.; “El perfil psicológico de la víctima y el agresor” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 332.

por una parte, desde el punto de vista individual alteran la confianza en sí mismo, la autoestima, así como la confianza en los demás. Y por otra parte, a nivel social se aprende a utilizar como forma de relacionarse con los demás²⁷⁴. No en vano, autores como DUARTE SÁNCHEZ Y GONZÁLEZ ASENSIO advierten que el intento de frenar la violencia de género, “forma parte sustancial de la agenda social y penal actual, puesto que tiene efectos devastadores en dos vertientes: el personal que implica que la mujer violentada se asuma como diferente, vulnerable o con baja autoestima y, en el social, donde ese conjunto de mujeres, en los países de todo el mundo pero en especial en Latinoamérica, se traduce en rezagos muy importantes en razón de su vínculo con la pobreza y con el creciente número de personas involucradas que reportan vivir bajo condiciones de violencia²⁷⁵”.

En la tesis Doctoral de la socióloga ESPINAR RUÍZ la pobreza es considerada desde dos enfoques: “por un lado como contexto social en el que pueden tener lugar experiencias violentas; por otro, como posible efecto de tales experiencias (es decir, estudio de la violencia como posible factor de empobrecimiento)²⁷⁶”. La mayoría de los esfuerzos e investigaciones se han hecho en relación a las necesidades de las víctimas concluyen en que faltan programas de prevención, estrategias de tratamiento y educación para los maltratadores,²⁷⁷ aunque como analizaremos más adelante, en España a raíz de una reforma penal en 2004 se intentan desarrollar medidas en el tema del tratamiento del agresor.

No digamos de las consecuencias que dicha violencia puede producir en una niña, en vez de en una mujer, por ejemplo cuando estas son violadas por sus propios padres en relaciones incestivas, donde además del daño físico, el estigma emocional y

²⁷⁴ HERNÁNDEZ EHLERS, ANA LILIA, “Violencia Intrafamiliar”, *Revista de Trabajo Social*, núm. 20, Enero-Marzo 1998, México DF, p. 63.

²⁷⁵ DUARTE SÁNCHEZ, P. y GONZALEZ ASENSIO, G (coaut.), “De la etiqueta de víctima al empoderamiento. Un camino por recorrer cuando trabajamos la prevención en la violencia de género”. *ALTER, Año I, Núm. 1, Enero-Abril 1997*, Campeche, Cam, México, p. 218.

²⁷⁶ ESPINAR RUIZ, E., “Violencia de Género y procesos de empobrecimiento. Estudio de violencia contra las mujeres por parte de su pareja o ex_pareja sentimental. Tesis de Doctorado del Departamento de Sociología II, Psicología, Comunicación y Didáctica de la Universidad de Alicante en <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=11683>

²⁷⁷ LIMA MARIA DE LA LUZ, “Violencia Intrafamiliar”, *CRIMINALIA*, Año LXI, N 2 Mayo-Agosto 1995, México DF, p. 224.

psicológico del abuso sexual, se ve incrementado cuando el agresor es la persona que se supone debe proveer de protección a la víctima²⁷⁸. También está demostrado que un porcentaje de mujeres obesas han sufrido algún tipo de abuso durante la infancia²⁷⁹: comer es un mecanismo de autoprotección, así creen evitar futuros abusos, pagan con su cuerpo algo que no está curado en sus cabezas.

2.1.3. Otras consecuencias importantes

En México este tipo de violencia que venimos detallando tiene un matiz, la violencia doméstica además provoca “los niños en situación de calle”. Los niños maltratados salen de sus casas huyendo de la violencia y también porque la situación económica es insostenible, y cuando los padres deciden separarse ninguno de ellos puede hacerse cargo de los hijos. Los niños son por tanto “víctimas” de malos tratos muchas veces indirectamente, entendiendo víctima como toda persona perjudicada por el delito, en el sentido amplio de víctima. La diferencia entre los niños *de* la calle y los niños *en* la calle es, que los primeros viven literalmente en la calle y los segundos trabajan en la calle pero tienen familia con la que regresan a la noche a dormir. “Los niños y adolescentes que viven en la calle constituyen uno de los grupos sociales en los que se expresan con violencia exacerbada los efectos y consecuencias de las diversas contradicciones sociales, políticas y económicas, es decir, son un hecho social que se da como resultado de una estructura, de un sistema injusto y complejo²⁸⁰”. La familia, como parte de esta estructura no es, como fácilmente se maneja, la única responsable de que los niños se encuentren en la calle, sino que forma parte vulnerable de ella, enfrentando situaciones de marginalidad, entre las que se encuentran, por ejemplo: ser emigrantes del campo a la ciudad una o dos generaciones anteriores, habitar en asentamientos irregulares, además de presentar una situación de pobreza, en la que sus ingresos están ligados básicamente a la economía informal o subempleo, e inclusive, la llamada pobreza extrema

²⁷⁸ SAUCEDO GONZÁLEZ, IRMA, “La relación violencia salud-reproductiva: un nuevo campo de investigación”, *Boletín de Salud reproductiva y Sociedad*, Año II, núms. 6-7, Mayo-Diciembre 1995, México DF, p. 6.

²⁷⁹ Abuso sexual y obesidad, consultar en <http://www.saludlandia.com/abuso-sexual-obesidad-12340.html>

²⁸⁰ Fundación Pro Niños en la calle, “El chavo y la calle. Más sobre la vida en la calle. Causas”, consultar en <http://www.proninosdelacalle.org.mx/chavo-y-calle/causas.htm>

caracterizada por la indigencia, lo que en su conjunto, la coloca en desventaja para proveer de cuidado, protección y formación a los niños²⁸¹.

Los motivos para la salida de los menores de sus casas, radican en el deterioro de las relaciones internas de la familia, alcoholismo, drogadicción y violencia²⁸². Aunque esta cuestión es más acusada en Centro América, donde encontramos el fenómeno de las Maras. Pandillas callejeras caracterizadas por un uso de la violencia feroz y excesivo. Formaciones de niños y jóvenes de la calle, sin hogar que se agrupan para crear “su propio hogar” a modo de sentimiento de pertenencia a un grupo, de definir personalidades.

Diversos estudios en Latinoamérica han demostrado que por ejemplo, el rendimiento escolar es menor -aún descontando la incidencia de otros factores socioeconómicos- cuando se trata de niños que provienen de hogares monoparentales y de madres adolescentes. Asociado al embarazo adolescente, encontramos el fenómeno de familias monoparentales, encabezadas por una mujer (sin cónyuge). Son numerosos los países en que este tipo de familias representa entre un cuarto o un quinto del total. En la última década ha habido un leve aumento en dichas proporciones²⁸³.

Podemos resumir que las consecuencias de la violencia de género en la familia, o la violencia familiar en general va más allá de la salud y felicidad individuales. Es cierto que quien la padece guarda secuelas que la dejan social y físicamente en minusvalía para asumir la vida, y esto es preocupante porque afecta al bienestar de toda la comunidad, deteriora la autoestima y la capacidad de trabajar.

La desvalorización, la baja autoestima que padece la mujer, hace difícil que se desenvuelva como miembro activo de nuestra sociedad, y la limita en sus posibilidades de independencia e individualización²⁸⁴.

²⁸¹ Ibidem.

²⁸² ARRIAGADA, IRMA, “Familia y Delito: Los niños de la calle”, *DIALOGO*, n 11-12, Junio 1994, México, DF p.5.

²⁸³ BAJRAJ, R., “La Familia en América Latina y El Caribe. Algunas consideraciones sociodemográficas”, *DIALOGO*, Núm. 11-12, Junio 1994, México DF, p. 3.

²⁸⁴ MARGADANT ALDASORO, NAHUM G, “Experiencias mexicanas recientes con la violencia intrafamiliar”, *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, Núm. 4 México DF, 1998, p.127.

V. ASPECTOS SOCIO-CULTURALES A TENER EN CUENTA, ¿HAY UNA MUJER PROTOTIPO?

Es un hecho comprobado que la sociedad en general reservó un papel secundario a la población femenina, pero que en cada una de ellas se dan unas especificidades y características propias, más afines quizás si hablamos de mujeres de clase media y alta, y asumiendo que son las mujeres de menores recursos las más olvidadas socialmente. El análisis fenomenológico que hemos venido realizando hasta ahora, hace mención a la situación a la que se enfrenta y circunscribe una mujer media o prototipo de la sociedad española. Sin embargo, resulta indiscutible que la capacidad económica y la situación geográfica, son muy influyentes de las situaciones sociales en las que se suceden los problemas de este tipo, y en la búsqueda de mecanismos o disposiciones resolutorias de los conflictos derivados. Hechos y circunstancias que deberían barajarse por la Política Criminal a la hora de dar soluciones a estas divergencias.

En la Sociedad española, la mujer urbana que padecía violencia en el ámbito doméstico, encontró dificultades en el acceso a las Instituciones que el Estado ponía a su disposición hasta entrado el s. XXI, pues, como se ha reseñado, el simple hecho de interponer una denuncia resultaba una odisea ante las dificultades personales y sociales imperantes. Si esto era así en la ciudad, en los pueblos las mujeres rurales verían aniquiladas sus posibilidades de éxito. Podemos imaginar que si éste es el acontecer español, que goza de un Estado de cierto bienestar, en el que la mayoría de la población se constituye en una clase media consolidada, la situación mexicana, en el marco de una sociedad marcada por estructuras sociales injustas y desiguales presenta rasgos y características mucho más graves. Afirmar que, hay “muchos y muy diferentes México”, resulta una evidencia fácilmente identificable con tan sólo una mirada a los diferentes rincones de la República. Las clases media y alta en este país tienen más fácil acceso a la protección ofrecida por las Instituciones, aun establecidas en provincia. Sin embargo, la clase social más pobre, que podemos identificar con la clase indígena, se constituye en una clase realmente excluida y olvidada. La diversidad cultural mexicana establece una clara discriminación para el más pobre. Es el mismo caso por el que atraviesa una mujer islámica emigrante a la antigua metrópoli, en este caso pongamos Francia, por su cercanía geográfica con nuestro país.

1. ALGUNOS CASOS LÍMITE

Hagamos un breve repaso, atendiendo a la línea de investigación a seguir en procura de los objetivos académicos trazados, de la situación de exclusión por la que atraviesan las mujeres rurales en España, las mujeres indígenas en México, y las mujeres islámicas emigrantes a la antigua metrópoli europea (pongamos el caso de Francia).

1.1. La mujer rural en España

La propiedad de la tierra no debería hacer distinciones de género, sin embargo en nuestras provincias siempre estuvo ligada al Señor (feudal), al hombre. La mujer fue medio de transmisión de la tierra pero no propietaria. Si la mujer urbana ha encontrado dificultades en el acceso a los recursos que el Estado le ha brindado (se ha visto incapaz de denunciar los malos tratos, etc.), podemos imaginar la difícil situación por la que atravesó y sigue atravesando la mujer rural, todavía más alejada de la protección estatal y bajo la custodia permanente del hombre de la casa. En este ámbito, la figura femenina ha sido totalmente desvalorada, y está claro que sin su ayuda en las explotaciones familiares, en el hogar con los hijos y los ancianos, este medio no hubiese avanzado como lo ha hecho. Ha sido la mujer protagonista en las sombras del nuevo resurgir del campo.

Para hacer visible a estas mujeres, nació AFAMMER (Asociación de Familias y Mujeres del Medio Rural) en el año 1982, para dar voz a toda esa población femenina que permanecía en el más absoluto anonimato. Aún así todavía hoy, las situaciones de Violencia Doméstica no se viven como públicas en este ámbito, sino como problemas internos que cada uno debe resolver. Así la Presidenta Nacional de dicha Asociación no deja de sorprenderse cuando en uno de los casos de homicidio por malos tratos acaecido en un pueblo de Pontevedra (en 2003), al preguntar a los vecinos, éstos alegan que el marido que mató a su mujer era una estupenda persona y que no sabían nada de la violencia que en ese hogar se estilaba²⁸⁵. La autora se cuestiona cómo en un pueblo

²⁸⁵ QUINTANILLA BARABA, C., “Análisis sociológico de la Violencia Doméstica. De un problema individual a un problema social, la Violencia Doméstica como un problema estructural” en *Congreso de Violencia Doméstica. Observatorio sobre la Violencia Doméstica 12 y 13 de junio 2003*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 200.

pequeño, donde todos se conocen, los propios vecinos no eran conscientes de la existencia de violencia en la pareja, y la respuesta no es otra más que el “respeto” al ámbito privado, donde los trapos sucios se lavan dentro de la casa y nadie foráneo a ella tienen derecho a la intervención. Las mujeres rurales maltratadas no son, en su mayoría, conscientes de la situación en la que viven y la aceptan como natural. Lo cual se ve agravado porque habitan en comunidades aisladas y los recursos se encuentran muy limitados. Afirmación avalada por dicha autora, la cual analiza un dato de gran interés: del 100% de las denuncias que se producen, el 74% proceden de las ciudades, y tan sólo el resto (un 26%) de los pueblos. Incluso, afirma que hay distinción en la mentalidad de las mujeres que habitan en pueblos más grandes (de más de 50.000 habitantes), donde hay mayor porcentaje de mujeres que se consideran maltratadas (saben que lo son), mientras que en los más pequeños, las mujeres carecen de conciencia de serlo. Éste es ahora uno de los retos de la Sociedad española, hacer más visible la situación por la que atraviesan estas mujeres, hacer que su situación y nivel de oportunidades se equipare con el del resto de mujeres, para que tomen conciencia y a partir de ahí reivindiquen sus derechos.

Desde los años 80, en que la Magistrada MONTALBÁN HUERTAS comenzó a recorrer los pueblos andaluces para dar a conocer a las mujeres como juez lo importante de “no aguantar”, pues es una consigna que en el ámbito rural está quizás más arraigado que en los urbanos, en los que se siente un especial alejamiento de las instituciones²⁸⁶ Dicha autora recuerda una anécdota en una de sus charlas, en las que estando reunida con varias mujeres de un pueblo, a la hora de la merienda irrumpió el alcalde atraído por la idea de que una juez fuera al pueblo ha hablar con las mujeres “se llevó la mano a la cartera diciendo que “está muy bien todo lo que digáis, pero mientras uno tenga esto aquí, es el que manda²⁸⁷”. Poco a poco se va avanzando en la igualdad en este ámbito, pues carece de sentido hablar de derechos y libertades y derechos a mujeres que no tienen la suficiente capacidad económica para emprender el vuelo en solitario. Es por

²⁸⁶ Entrevista a Inmaculada Montalbán en El País de 22 de marzo de 2009, “Aún existe la consigna de aguantar el maltrato”.

²⁸⁷ Entrevista a Inmaculada Montalbán en El País de 22 de marzo de 2009, “Aún existe la consigna de aguantar el maltrato”.

eso que nos sorprende de manera positiva una noticia aparecida en el diario El País, asegurando que “la mujer podrá ser cotitular de la explotación agraria familiar²⁸⁸”.

1.2. La mujer indígena y el caso de Ciudad Juárez en México

La violencia contra la mujer es un hecho que potencia la feminización de la pobreza, y cercamos el ámbito hasta llegar a la mujer indígena el problema se hace insostenible. Como bien expresa Patricia Duarte Sánchez, en América Latina la feminización de la pobreza es ya un elemento demostrado que, junto a la violencia contra las mujeres resulta un binomio insoslayable²⁸⁹. Probablemente, si hacemos un estudio acerca de cómo es la persona más pobre del mundo, ésta reuniría las dos características apuntadas: la de ser mujer y además indígena. Por el contrario, es clara la afirmación que el mundo está dirigido por hombres blancos²⁹⁰. El aislamiento de las comunidades indígenas, unido a la falta de educación, de medios y a la extrema pobreza, hace que estos grupos sean más vulnerables que el resto. El machismo y el Patriarcado dominante también en la socialización de estas comunidades, provocan que las mujeres sufran una discriminación que responde a un estigma triple: su discriminación por sexo, raza y pobreza. Ésta es la situación que enfrentan los grupos étnicos por la violación constante de sus Derechos Humanos (los Derechos Fundamentales que tiene cualquier persona por el simple hecho de serlo). Destacar la violencia de la que son víctimas las mujeres indígenas en su ámbito cultural, concretamente en el espacio de la familia y de las relaciones genéricas²⁹¹.

El caso concreto de Ciudad Juárez no responde quizás directamente al estigma indígena pero sí al de mujeres pobres. Son miles las desapariciones de mujeres y niñas

²⁸⁸ El País, 10 de noviembre de 2008, “La mujer podrá ser cotitular de la explotación agraria familiar. Un decreto reconocerá la propiedad compartida para acabar con un vestigio machista en el campo. La mayoría de los negocios está a nombre del hombre”.

²⁸⁹ DUARTE SÁNCHEZ, P. y GONZÁLEZ ASENSIO, G. (coaut); “De la etiqueta de víctima al empoderamiento. Un camino por recorrer cuando trabajamos la prevención en la violencia de género”, ALTER, Año I, Núm.1, Enero-Abril, 1997, Campeche, Cam, México, p. 219.

²⁹⁰ Mujer indígena sería lo contrario a lo que se entiende por WASP; White Anglo-Saxon Protestant.

²⁹¹ Para más información, consultar MUÑÍZ E. Y CORONA, A., coaut, “Indigenismo y Género: Violencia Doméstica”, *Nueva Antropología*, Vol. XV, Núm. 49, Marzo 1996, México DF, en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=15904904>

las que se han sucedido en los últimos años y no se sabe aún qué es lo que está sucediendo. La desaparición y la muerte de estas trabajadoras de las maquilas, son el día a día de diversas familias que tratan de sobrevivir en esta zona fronteriza con los Estados Unidos. Lo cierto es que hay bastantes estudios e investigaciones de todo orden sobre el tema, pero nadie se atreve abiertamente a opinar por la posible repercusión política y económica debido al interés económico de esta zona transfronteriza, lo cual está provocando cierto oscurantismo en las investigaciones y, que sigan sin conocerse públicamente la autoría de los feminicidios²⁹².

México, en una sentencia histórica según proclama la abogada defensora de algunas de los familiares de mujeres asesinadas en Juárez ha sido condenado recientemente por la Corte Interamericana de Derechos humanos²⁹³. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso González y otras (Campo Algodonero) *V.S.* México” de 16 de noviembre de 2009 resuelve una demandada presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra los Estados Unidos Mexicanos por la supuesta responsabilidad internacional del Estado por “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez ante las cuales, la Corte concluye destacando que “las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad”, en definitiva una condena para el Estado mexicano por su inacción²⁹⁴ en una sentencia histórica.

²⁹² La oleada de feminicidios que comenzaron a conocerse en Ciudad Juárez están aflorando ahora en Guatemala, El Salvador y Honduras, así se desprende del artículo publicado en El País, 7 de abril de 2010, “La ola de feminicidios de Ciudad Juarez se extiende por Centroamérica”.

²⁹³ El País, “México, condenado por los feminicidios de Ciudad Juárez. La Corte Iberoamericana atribuye al Estado falta de diligencia al investigar”, a 21 de noviembre de 2009.

²⁹⁴ Para más información consultar p. 48 de la sentencia en la propia web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=327>

1.3. La mujer islámica en Francia

El acceso a las instituciones cuando se trata de mujeres migrantes también es distinto al caso del resto de mujeres que nacen y viven en el mismo país, se necesita tomar en consideración aún más factores en el caso de las mujeres migrantes, por ejemplo, su ubicación en los cinturones de pobreza de las grandes ciudades. Además de este factor económico, se une el cultural, pues el aislamiento en el que viven muchas tribus de tradición islámica en África hace que sus costumbres autóctonas estén muy arraigadas, y es por ello que para quienes emigran del país resulte fundamental continuar con sus costumbres ancestrales²⁹⁵, las cuales muchas veces no son bien vistas por la cultura de acogida. Véase el ejemplo de las niñas musulmanas inmigrantes en nuestro país cuyos padres aprovechan las vacaciones para enviarlas al país de origen y que allí les practiquen la ablación, o el choque de culturas que se produce cuando intentan llevar a cabo dichas prácticas en cualquiera de los países europeos. Acometer este tipo de atentados contra la integridad física en España es delito.

Dejando a un lado estos acometimientos sobre bienes jurídicos protegidos por los códigos penales de corte continental, y abordando ahora cuestiones más relacionadas con el mero pensamiento, en el marco constitucional de los países europeos se proclaman estados aconfesionales, en los que la religión ha pasado a un plano más personal y secundario, de ahí el debate sobre la presencia de los crucifijos en las aulas de enseñanza o del uso del pañuelo islámico también. Sin embargo los países islámicos son Teocracias que anteponen el cumplimiento de la Ley Divina como condición de ciudadanía. Y de esa manera, algunas de esas costumbres religiosas como es llevar un pañuelo que cubra la cabeza, chocan con las libertades proclamadas en las Constituciones de los países (europeos) receptores. Este planteamiento podría dar cabida al “Choque de Civilizaciones” que enuncia HUNTINGTON, para quien las

²⁹⁵ “Recientemente, con las migraciones alrededor del mundo las acusaciones de deshonor pueden provenir de la “occidentalización”, es decir, cuando las mujeres hacen propias las costumbres occidentales, ya que en algunos casos las primeras generaciones de personas inmigrantes permanece atadas a la cultura o códigos de sus comunidades, no aceptando que sus hijas se identifiquen con sociedades donde las mujeres aspiran a la plena ciudadanía” en DAPHNE Programme 2003/04, Proyecto: Shehrazad “Combatiendo las violencias en nombre del honor” en www.fundacionmujeres.es. Así no es de extrañar una noticia aparecida en *El País* a 16/12/2006: “Rapada por mantener relaciones con un español” en cuyo artículo se define un caso acontecido en Francia en el que una joven magrebí es maltratada por su padre y su hermano mayor al ser descubierta su relación con un chico español y por haberse gastado la dote de 1500 Euros que había recibido para casarse con un primo en Argelia.

naciones con arraigo religioso dominarán la política a escala mundial²⁹⁶. Sin duda, este grupo de ideas esconde un debate de fondo, el temor “al otro”, en este caso al migrante musulmán.

Uno de los primeros países europeos en recibir migrantes de profesión islámica fue Francia²⁹⁷, país donde el fracaso de la política de Inmigración relativa a las cuestiones de las mujeres islámicas ha provocado diversas revueltas que culminaron con una gran Marcha de mujeres en el año 2003²⁹⁸. La prohibición o no del velo en las escuelas, ha sido un debate político que ha generado un malestar generalizado en la población emigrante de las antiguas colonias africanas, y que llegaron a Francia hace ya tres generaciones, pero que sin embargo siguen sintiéndose extranjeros y discriminados.

La polémica sobre la prohibición o no del uso del velo es un hecho que ha contribuido a un debate sobre identidades en muchos países europeos²⁹⁹, de tal forma que los Gobiernos han enfocado unas políticas de lucha contra aquello que se manifieste islámico bajo la certeza de que las mujeres que profesan dicha religión no lo eligen libremente, sino que siguen bajo coacción una práctica religiosa machista impuesta por sus padres o hermanos mayores. En el caso francés, una ley prohíbe el uso del velo en las escuelas francesas desde 2004 y en la actualidad está abierto el debate sobre la prohibición del burka en la calle³⁰⁰. En España estas controversias no han llegado hasta

²⁹⁶ HUNTINGTON, S. P.; *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2005, p. 66 “a medida que el mundo sale de su fase occidental, las ideologías que simbolizaron la civilización occidental declinan y su lugar es ocupado por las religiones y otras formas de identidad basadas en la cultura”, y además “el choque intracivilizatorio de las ideas políticas generadas por Occidente, está siendo sustituido por un choque de cultura y religión entre diversas civilizaciones”.

²⁹⁷ Francia desde 1905 es un Estado laico, año en el que se aprobó la Ley de Separación de las Iglesias y el Estado.

²⁹⁸ AMARA, F.; *Ni Putas ni Sumisas*, 1ª Ed., 2004, Madrid, p.107.

²⁹⁹ El País, 9 de diciembre de 2009, “La identidad nacional prende fuego. La mezcla de inmigración, globalización y recesión constituye un desafío inédito en Europa. La defensa política de la patria puede producir nuevas divisiones”, el artículo recoge varios problemas en Europa: el debate público alrededor de la identidad nacional en Francia, la prohibición de construir minaretes en Suiza aprobado por referéndum en noviembre de 2009.

³⁰⁰ El País, 19 de mayo de 2010, “Sarkozy remite a la Asamblea Nacional la Ley Antiburka. El Gobierno prevé que la norma entre en vigor en otoño. Francia es una vieja nación que tiene una idea clara y concreta de la dignidad de la mujer, dice el Presidente francés”. También en nuestro país se debate en estos días su prohibición en la calle, El País, 28 de mayo de 2010, “Lleida es la primera ciudad española que prohíbe el <burka> en edificios públicos. La propuesta saca adelante con los votos del PSC PP y CIU”.

una época reciente, el debate sobre el velo acaba de abrirse en la política española con el caso de Najwa, una estudiante de 16 años que al acudir con el velo a su instituto en Madrid fue expulsada del mismo, teniendo que reubicarse en otro centro³⁰¹. Al igual que en casi todos los asuntos relacionados con las cuestiones de autonomía y capacidad de las mujeres, el caso del uso del hiyab³⁰² está relacionado con la creencia de que su utilización no proviene de una libre decisión de las mujeres sino de una imposición social y sobre todo y más importante, replantea el reto de la integración. En realidad el feminismo islámico debe buscar su propia ideología diferenciada de la corriente norteamericana debido a la diferencia social en una y otra parte del mundo, evitando en todo momento la visión etnocentrista.

Hecha una aproximación de las diferentes circunstancias a las que se circunscriben las mujeres, la lucha que debe protagonizar esta centuria que acabamos de inaugurar es la que consiste en hacer visible todas esas necesidades reales de la población femenina que siguen fomentando su exclusión social, económica y política, porque lo que hacen es favorecer la violencia ejercida en su contra y de esa manera se mantiene el *status quo* patriarcal. El acercamiento de las instituciones y el acceso a una protección real y efectiva que aseguren a la mujer una vida libre de violencia, será la máxima a conseguir en los próximos años por los encargados de hacer cumplir los derechos humanos a nivel mundial. Los atajos que para la prevención de estas situaciones nos ofrece la Política criminal no deben desestimarse por los gobiernos actuales. Tan sólo un plan de concienciación argüido desde esta rama de la Política social puede hacer descender estas cifras de violencia en todas las áreas socio-culturales que hemos puesto de manifiesto. Sin embargo, el riesgo que entraña dejarse llevar por la presión social proveniente de los medios de comunicación o de la sociedad en general, implica medidas rápidas y no diseñadas desde la eficaz erradicación del problema, sino

³⁰¹ El País, 16 de mayo de 2010, “Mi vida con el velo. Las mujeres musulmanas en España se sienten observadas. Una tela que ellas llaman hiyab y que les sirve para protegerlas de las miradas de los hombres, las ha puesto paradójicamente a la vista de todos. Dicen cubrirse el pelo por fe en el Islam. Las más jóvenes niegan que sea por sumisión al varón. El caso de Najwa Malha ha desatado un debate en España que no ha hecho más que empezar”.

³⁰² Un amplio debate a raíz del caso de esta adolescente ha llevado a que se quiera prohibir el uso del “Burka” en los espacios públicos, algunas localidades de Cataluña fueron pioneras en la prohibición pero ya ha llegado a la reflexión nacional. Para más información: El País, 23 de junio de 2010, “CIU apoya al PP en el último minuto para aprobar el veto al <burka> en el Senado. La Cámara Alta pide cambios normativos a nivel nacional contra el velo integral”.

desde la rápida aprobación social y que suelen coincidir con aquellas que fijan su atención en el endurecimiento penal. El cambio en las medidas de tipo penal supone también una concienciación reflexiva de la opinión pública, que con el sólo hecho de escuchar que las penas para el maltratador doméstico han aumentado, cree resuelto el problema. El aumento de penas siempre parece bien aceptado por las personas que a diario soportan las noticias de nuevas muertes de mujeres a manos de sus parejas. Si bien, no pocas veces presionan en sentido contrario, como advierte ZÚÑIGA “las leyes penales de la parte especial no tienen nada que ver con los hermosos principios de la parte general. Otras veces, son las leyes especiales las que desconocen el aspecto garantista de la dogmática penal. Especialmente, cuando las leyes penales responden a demandas ciudadanas de mayor criminalización por algunos crímenes que han causado alarma social, los legisladores suelen caer en la falacia³⁰³”.

Las familias socio-culturalmente más pobres no sólo cuentan con menores ingresos, sino que, como consecuencia de ese menor poder adquisitivo ven cuesta arriba el acceso a las ayudas públicas. Las mujeres rurales, las indígenas y las inmigrantes, no sólo acceden a un desigual reparto de la riqueza de origen, sino que además, tal desigualdad se patentiza con los servicios sociales, a los que accede desigualmente³⁰⁴. Hasta ahora, “el Estado ha sido relativamente poco eficaz en la prevención de los delitos violentos contra la mujer, y en la disminución del sufrimiento posterior a la victimización,³⁰⁵” y acabar con ello, es el objetivo para el futuro.

Resulta evidente que con las últimas leyes que ahondan en la materia, no se ha conseguido un descenso del número de muertas, las mujeres siguen siendo las personas más vulnerables dentro del hogar, y parece que ninguna ley pueda cambiar esto. Lo que quizá sí constituya el mayor logro de la última reforma legislativa española en 2004 es la aceptación de la violencia como un problema multicausal y transversal que debe abordarse desde las diferentes ramas del derecho, de la política criminal y de las ciencias sociales. Además brinda un mensaje social claro y de amplio alcance

³⁰³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 171.

³⁰⁴ Ibid. p. 208

³⁰⁵ LARRARURI, E.; “Control formal y el derecho penal de las mujeres”, en LARRARURI, E.; *Mujeres, Derecho penal y criminología*. S. XXI de España Editores, S.A., 1ª Ed., Madrid, 1994, p. 115.

psicopedagógico, “las mujeres están en desventaja”, y hay que parar la situación de violencia que padecen.

Simplemente esta breve referencia a distintas mujeres pretende aclarar que incluso dentro del grupo de las mujeres maltratadas existen subgrupos, y en esta investigación sólo se tendrán en cuenta aquellas que podríamos denominar “mujeres-pareja standard”. Todas las mujeres-pareja que sufren violencia, como adelantábamos en las primeras páginas del trabajo, comparten la cuestión de género (esa parte estructural) pero además hay otros factores que deben tenerse en consideración como la cercanía con las instituciones, la pobreza o el modelo social de cada país y sus políticas públicas.

VI. TENDENCIAS CRIMINOLÓGICAS DESDE EL FEMINISMO

La ciencia de la Criminología tiene su auge en el s. XIX con Lombroso, quien buscó las causas del delito en la persona del delincuente. El Patriarcado se ha encargado, como hemos visto, de recluir a las mujeres en el ámbito privado y, su no aparición en el ámbito público ha influido en su no aparición pública tampoco como delincuente.

Desde la perspectiva feminista, en la Criminología podemos distinguir tres etapas a lo largo del s. XX. La primera de ellas coincide en el marco de la Criminología tradicional, en la que se utilizó una visión machista sobre la mujer delincuente que fortalecía los estereotipos de sumisión, pasividad e inferioridad. La segunda tiene su auge en los años setenta y ya se hace referencia propiamente a una Criminología Feminista, pero no es hasta la tercera de las etapas (años noventa), cuando se incorpora a esta ciencia la perspectiva de género³⁰⁶.

Así el propio BARATTA, afirma que el los años 70 del pasado siglo es cuando la cuestión femenina se convierte en una cuestión criminal y se desarrolla la

³⁰⁶ DURÁN MORENO, L. M.; “Apuntes sobre Criminología Feminista”, en *Criminología y sociedad*, Anuario, Año 1, 2008, p. 1-2 en <http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/index.html>.

victimología³⁰⁷, que como hemos visto desemboca en el estudio de los casos de violencia, de denuncias, etc. En nuestro país, de la Criminología Crítica destacamos el aporte de LARRAURI y el cuestionamiento de la efectividad de la utilización del Derecho penal como instrumento que de solución al problema de la violencia de género³⁰⁸.

En la Postmodernidad del Derecho penal se han retomado ciertos enclaves que recuerdan al pasado y se habla de “nuevo paradigma actuarial, donde el control ya no busca proyectarse sobre individuos concretos sino que se expande por el tejido social incidiendo sobre categorías de sujetos que se perciben como un riesgo³⁰⁹”. Como establece DE GIORGI a día de hoy la técnica de control del delito no responde tanto a indagar en las causas, sino al control preventivo del delito³¹⁰ y ello, apostilla el autor, se ha hecho a semejanza de las técnicas utilizadas por los procedimientos matemáticos aplicados a los seguros, es decir, que “desde el punto de vista de la lógica aseguradora, existen factores de riesgo distribuidos de forma casual en el ámbito de una colectividad, que sólo pueden ser atribuidos directamente a individuos concretos en tanto que éstos se inscriben en grupos determinables en base a un mayor o menor índice de riesgo. La estrategia aseguradora consiste ante todo en una operación de cuantificación probabilística del índice de riesgo existente que se realiza a través de valoraciones estadísticas³¹¹” y, esta es la estrategia que las políticas criminales han extrapolado al ámbito penal para controlar el delito.

³⁰⁷ BARATTA, A.; “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana” en BIRGIN, H. (Compilador), *Las trampas del poder punitivo*, Ed. Biblios, Buenos Aires, 2000, p. 39.

³⁰⁸ LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007.

³⁰⁹ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”, en CARLOS GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, ALCACER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M.; (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2008, p. 451.

³¹⁰ DE GIORGI, A.; *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la Sociedad de Control (Prefacio de Toni Negri), Presentación y Traducción de Iñaki Rivera y Marta Monclús*, Virus Editorial, 1ª edición en castellano, Bilbao, 2005, p. 71 en la que afirma que en definitiva y con carácter general “ahora prevenir ya no significa activar estrategias para la erradicación de las llamadas causas sociales de la desviación, sino rediseñar el ambiente físico en el cual se constituyen y actúan los grupos que hay que mantener bajo control: prevención «situacional» más que prevención «social». La prevención situacional consiste en una acción para reducir las circunstancias ambientales que favorecen los comportamientos desviados, sin consideración alguna a los factores sociales, culturales y económicos de la desviación. Y constituye un modelo privilegiado para la nueva filosofía del riesgo criminal”.

³¹¹ Ídem, p. 60.

Llevando esta tendencia a nuestra materia y partiendo de la idea de que bajo la denominación de “agresor doméstico” se esconde un variopinto modelo de persona, sin embargo con la reducción de la personalidad del maltratador a un determinado tipo, se ha conseguido estereotipar a un determinado grupo de delincuentes³¹². Es decir, prescindir de la tendencia actual a estandarizar a los maltratadores tomando como referencia su pertenencia a un grupo y descuidando las características concretas de cada uno de ellos y cuya peligrosidad por tanto se mide por su pertenencia al grupo³¹³. Es por ello por lo que podemos afirmar que las estrategias actuariales son de alguna manera las que el legislador penal sobre todo desde 2003 ha manejado también en la lucha contra la violencia de género a través de una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad del maltratador ya condenado imponiéndole un cumplimiento obligado de ciertas medidas como el sometimiento forzoso a un tratamiento para suspender o sustituir la pena privativa de libertad o el alejamiento forzoso de la mujer³¹⁴.

En lo que concierne al control del propio cuerpo de las mujeres a través de la creación de estereotipos o grupos de comportamiento, es decir, cómo el Derecho construye a las mujeres³¹⁵. El problema es cómo articular una estrategia feminista que represente al colectivo femenino en su conjunto contando con las características propias de cada mujer; la Mujer (como idea patriarcal) o a las mujeres (término del que se ha

³¹² FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 197.

³¹³ Ídem., p. 219. La misma autora en “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 740 en la que afirma que en buena parte de las reformas en violencia de género el legislador “presume *iuris et de iure* la peligrosidad de determinadas categorías de delincuentes que trata con criterios propios de la gestión actuarial de riesgos”.

³¹⁴ FARALDO CABANA, P.; “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Director), *Problemas actuales de Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en Memoria de la Profesora María del Mar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 737. De la misma opinión SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.; “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 12, 2010, p. 6.

³¹⁵ Para más información consultar PITCH, T.; *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, (traducción de Cristina García Pascual), Ed. Trotta, Madrid, 2003 en el que la autora analiza esa construcción del ser mujer desde las leyes que rigen la regulación de temas como el aborto, las nuevas tecnologías de reproducción asistida, la violencia sexual, y las relaciones entre familiares, etc.

servido el feminismo), siendo incluso la denominación “mujeres” bastante problemática pues, “dar con una realidad absoluta localizada en el cuerpo de las mujeres, y en contra de la cual se puedan medir los excesos del patriarcado, se ha convertido en menos sostenible. El feminismo no representa a las mujeres³¹⁶”, pues “hay estrategias a partir de las cuales la Mujer/mujeres son creadas³¹⁷” siendo una de ellas el Derecho, afirmación que podemos comprobar si valoramos el análisis de los delitos históricamente relacionados con las mujeres como el adulterio, el infanticidio atenuado por deshonra, el aborto, etc.

En España, a raíz de las últimas reformas penales, auspiciadas por cierto sector del movimiento Feminista se modulan, en base a la protección de las mujeres una serie de medidas que inconscientemente han llevado a la creación de una nueva categoría de desviación femenina³¹⁸, es decir, la desviación se estima en aquellas mujeres maltratadas que no responden a las expectativas “lógicas” de comportamiento esperado, es decir; por ejemplo, las que forzosamente deben separarse de su agresor por una pena de alejamiento, que el juez impone por su bien, y las que desafían tales medidas deben atenerse a la consecuencia de que incluso puedan ser condenadas por participar en ese quebrantamiento, o por no acudir al juicio después de colocar la denuncia, por falso testimonio, etc. Son cuestiones en las que haremos especial mención en el último de los capítulos de este trabajo.

³¹⁶ SMART, C.; “La mujer del discurso jurídico”, en LARRAURI, E.; (Comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, S. XXI, Madrid, p. 179.

³¹⁷ SMART, C.; “La mujer del discurso jurídico”, en LARRAURI, E.; (Comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, S. XXI, Madrid, p. 180.

³¹⁸ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico” en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, p. 30 quien denuncia que con el Feminismo institucional “se crea una nueva categoría de desviación femenina, pensada para todas esas mujeres que desafían el modelo impuesto y no satisfacen las expectativas creadas para ese otro sujeto estereotipado, que es la Mujer como género (en mayúscula)”.

Reflexión final

Con carácter general, y en base a las estadísticas que a día de hoy manejan las Instituciones especializadas, podemos afirmar que la violencia en la pareja constituye una realidad en España. En lo que llevamos de año (hasta el 15 de julio de 2010), son 38 las mujeres que han muerto violentamente a manos de su pareja. En el análisis de las causas del fenómeno nos hemos centrado en aquellas relativas al género, en las causas de tipo estructural que posibilitan el fenómeno sin entrar a analizar, pero sin desestimar, otros factores que lo posibilitan más ampliamente como los económicos. Así se podría esclarecer si en realidad esta violencia es predicable de todo tipo de Sociedad, o si las condiciones de vida, sobre todo económicas y sociales, de cada uno acercan o alejan más las posibilidades de vivir el fenómeno. En España hasta el 15 de julio de 2010, las muertes de mujeres españolas suman 24 y los autores nacionales son 22, y las mujeres extranjeras son 14 y los autores extranjeros 16, y estas cifras medidas dentro de la población nacional y extranjera global permiten afirmar que efectivamente la cifra de violencia dentro de la población extranjera es alta ¿debemos entonces valorar esos otros factores? Pareciera que sí. En este sentido, un estudio del Centro Reina Sofía muestra los índices de violencia por población de los países de la Unión Europea con datos sorprendentes, pues los países nórdicos, siempre a la vanguardia en bienestar reflejan un alto índice de víctimas asesinadas en el ámbito doméstico, cuestión distinta es el análisis de las circunstancias que rodearon los casos concretos y la influencia de esos otros factores.

Otro de los puntos controvertidos y de vital importancia es la distinción entre los conceptos de violencia doméstica y violencia de género, más de moda en los últimos años. En España el manejo de estos conceptos ha sido confuso y fueron utilizados indistintamente sobre todo por los medios de comunicación como términos perfectamente sustituibles. Entre ambos conceptos existe una diferencia de vital importancia y es que el término violencia doméstica es más amplio que el de género, en este sentido la violencia contra la mujer es sólo uno de los tipos de violencia que pueden llevarse a cabo en el ámbito doméstico, pero por otra parte, la violencia de género va más allá de la violencia que se lleva a cabo en casa contra la mujer-pareja, porque esa violencia que hunde sus raíces en el entramado cultural del Patriarcado también la

padecen las mujeres en el ámbito social a través de las agresiones sexuales por ejemplo y en el ámbito laboral mediante el acoso en el trabajo.

La violencia de género toma de referencia a la mujer en base a la cultura de dominación y poder que ha padecido a lo largo de la historia y que tiene como respaldo el modelo social del Patriarcado. Esa dominación masculina auspiciada por este determinado tipo de sociedad se manifiesta en todas las fases vitales de un individuo, estableciendo unos comportamientos y roles esperados en hombres y mujeres que nos definen social y personalmente. Patriarcado, por lo tanto, muy arraigado en nuestra cultura y religión, y que impregna nuestros dichos populares, nuestra literatura, nuestro acontecer legislativo y político y, por supuesto, nuestros hogares. En este sentido hemos estimado oportuno distinguir entre causas estructurales de tipo cultural, económico, legal y político. Además se han tomado otros factores que pueden desencadenar episodios de violencia como el consumo de alcohol, desenmascarando así uno de los mayores mitos que identifican los episodios violentos con el abuso de estas sustancias.

Respecto de las causas de tipo cultural resaltamos el fomento de las diferencias estructurales en las que se ha basado el sistema educativo, desde la niñez hasta la universidad, pues hay carreras que están dominadas por las mujeres como enfermería y magisterio, propias tareas del cuidado y otras por los hombres, como las ingenierías. Es importante distinguir causas y factores culturales, pues muchas veces tendemos a calificar como causas de la violencia en la pareja el alcohol o los celos, y no hemos querido dejar pasar la ocasión para señalar que no son causas, sino factores precipitantes individuales, no estructurales. En cuanto a la situación económica, resaltar las repercusiones de esas restricciones tradicionalmente impuestas a la educación de las mujeres, y resaltar que en el mundo laboral las mujeres son unas recién llegadas y que éste fue creado y funciona bajo los parámetros de la sociedad patriarcal, al que las mujeres han debido amoldarse. A pesar de esta situación adversa, la inserción al mercado laboral ha dotado a las mujeres de una independencia económica, que a la vez que proporciona seguridad a las propias mujeres, generaba una erosión del control (social) masculino que se ha canalizado a través del ejercicio de más violencia para recuperarlo. Esta causa de tipo económico es valorada como uno de los elementos que caracterizan el inicio de la crisis del Patriarcado y un elemento típico del nuevo sistema de producción, el Postfordismo.

Desde la Lex Julia romana hasta 1978 con un breve episodio durante la II República, en nuestro país se ha tipificado como delito la infidelidad de la mujer; el adulterio se ha diferenciado del amancebamiento, puesto que éste sólo castigaba a los hombres infieles cuya relación extramatrimonial fuere pública y notoria. Con carácter general, las leyes reflejan la sociedad que las crea, por eso el Derecho penal como instrumento de arraigo en el mantenimiento del Patriarcado ha creado su propio estereotipo de mujer, imbuido de características propias del sistema favoreciendo el control femenino. Desde los años 80 comenzó un cambio de paradigma legal, La Ley del divorcio o la derogación de algunos delitos como el adulterio, y la proclamación de la igualdad formal en la Constitución de 1978, hicieron avanzar a la mujer hacia estadios sociales de igualdad material con su homónimo masculino. Los logros para la ciudadanía femenina por tanto, no llegaron con el Pacto Social del Estado Liberal, sino que ha sido una lucha posterior conseguida a lo largo del s. XX. Poco a poco las mujeres fueron conquistando cotas de poder que actualmente les permiten el ejercicio de la ciudadanía de una manera más igual a la masculina. El objetivo es empoderar a las mujeres haciendo efectivos sus derechos para que puedan afrontar empoderadas una situación de violencia.

Con respecto de los sujetos que protagonizan este tipo de violencia puede deducirse que, al igual que en el resto de delitos, en el de violencia doméstica podría perfilarse una personalidad de maltratador, que suele coincidir con el de una persona insegura, carente de recursos (no sólo económicos) y una doble personalidad: la de comportarse normalmente (no violento) en el establecimiento de relaciones sociales y agresivo con su pareja. Perfil que no tiene por qué coincidir con el que comúnmente se acepta del drogadicto, alcohólico o enfermo mental, pues proclamar con carácter general este tipo de personalidad es justificar de antemano un comportamiento estableciendo una atenuante o incluso una eximente, por lo que en caso de concurrir deberá valorarse en cada caso particular, corroborando que el consumo de alcohol no es la causa sino un factor que deberá comprobarse en cada caso concreto, cuestión que será objeto de un mayor análisis en el capítulo V de este trabajo en sede de culpabilidad.

No resulta fácil establecer un prototipo de mujer víctima, pues todas las mujeres pueden ser potencialmente objeto de violencia a manos de su compañero sentimental si tomamos de referencia la existencia de la sociedad Patriarcal, aunque hay muchos

factores envolventes que podrían influir tomando en consideración las condiciones de vida en general. Sin embargo sí pueden establecerse semejanzas en las mujeres que han sido objeto de malos tratos habituales, pues así lo demuestran estudios que nos llevan a corroborar la existencia del síndrome de la mujer maltratada, y pocas mujeres son capaces, por sí solas, de escapar de la subordinación que esta situación produce. El estudio de la víctima es tan importante como el estudio del agresor, pues es cierto que hay que reeducar a estos últimos, pero también hay que empoderar a las mujeres que han sido objeto de maltrato continuado. Las actuaciones en ambos campos son requeridas si queremos dignificar la vida de las mujeres y consecuentemente, hacer posible su derecho a una vida libre de violencia.

En base a la creencia de ciertos perfiles de los sujetos, y con el fin de control de estas situaciones se ha vuelto a confiar en unas estrategias criminológicas que se acercan al problema de la violencia en la pareja desde los modelos actuariales, sobre todo en el control del maltratador, pero a la vez, se está creando una nueva categoría de desviación femenina al entrar a proteger desde el Derecho penal a las mujeres más allá de la voluntad de las mismas, lo que está generando un prototipo de mujer delincuente, y que va más allá del caso prototipo de la mujer que mata al marido como respuesta a años de violencia. Nos referimos a dos casos esencialmente: a aquellos en que las mujeres pueden llegar a ser castigadas por participar en el quebrantamiento de una pena de alejamiento y a aquellos casos en los que la mujer pueda incurrir en pena de prisión por denunciar y no acudir al juicio (por falso testimonio por ejemplo). Son cuestiones que analizaremos de manera más detenida en los dos últimos capítulos de este trabajo.

Si éstos han sido las cifras y argumentos recogidos por las distintas ramas del conocimiento como la Criminología o la Psicología, también se ha creído en la necesidad de abarcar esta problemática con el recurso al Derecho penal. Para luchar contra el discurso jurídico y social que ha creado unas determinadas expectativas del comportamiento de las mujeres, sometiéndolas a los valores patriarcales que afirman el carácter estructural de este tipo de violencia, y para lograr una igualdad material de las mujeres, una parte del movimiento feminista ha tomado las riendas legislativas y ha promovido cambios a lo largo de los últimos veinte años que se han reflejado en el código penal, cuestión que nos disponemos a analizar en la siguiente parte de este trabajo.

**SEGUNDA PARTE:
DERECHO PENAL Y GÉNERO.**

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO

En el capítulo anterior examinamos el concepto, las causas y los efectos y las principales manifestaciones de la violencia de género desde la perspectiva criminológica o fenomenológica. Estos datos, estadísticas y estudios puestos de manifiesto han obligado al legislador penal a implicarse en la solución a la violencia padecida por las mujeres en el seno de la Sociedad patriarcal sobre todo por la presión mediática y social. A continuación expondremos la evolución de la respuesta penal al problema; en los últimos veinte años se han producido varias reformas del código penal que han tratado de contener el fenómeno, pero comprobaremos que se ha abordado a través de un enfoque equivocado, o al menos así se desprende de los datos mencionados que no presentan grandes avances, al menos en cuanto descenso de denuncias y muertes. Nos proponemos en este capítulo analizar la evolución de la respuesta penal dada a lo largo de estos años y algunas de sus implicaciones.

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1. A NIVEL INTERNACIONAL

1.1 Las Naciones Unidas

Las convulsiones que protagonizaron el panorama mundial a lo largo de la primera mitad del siglo XX no permitieron la creación de las Naciones Unidas hasta la finalización de la II Guerra Mundial, el 24 de octubre de 1945. Una vez establecido este Organismo habría que esperar tres años más para poder ver reconocido por escrito un catálogo de derechos³¹⁹, la Declaración Universal de los Derechos Humanos³²⁰ de 10 de

³¹⁹ El propio concepto de “derechos humanos” debe analizarse desde el Feminismo, y por eso estamos de acuerdo con BODELÓN, E.; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, p. 104 cuando afirma que “actualmente, aun nos falta una auténtica revisión del concepto de derechos humanos que se base en las necesidades de las mujeres y que reconozca las aportaciones realizadas desde el Feminismo”, y además efectivamente, p. 105 “los derechos de las mujeres no pueden ser auténticos derechos sin cambiar los fundamentos que han construido el sujeto de derecho”.

³²⁰ Declaración que proclama por primera vez la igualdad formal entre hombres y mujeres en su art. 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de

diciembre de 1948, celebrada bajo los auspicios de dicha Organización. No se trata de una Declaración unilateral como fue la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 fruto de la Revolución francesa, sino de una proclama mundial de Derechos derivada de un acuerdo multilateral donde participaron más de 51 países independientes.

A esta declaración no se han adherido los países islamistas, pues éstos celebraron su propia Declaración de los Derechos Humanos en el Islam³²¹ a través de una reunión con sede en el Cairo en el año 1990 alternativa a la de 1948.

Tras el nacimiento de la ONU, se han realizado numerosas Campañas a favor de los derechos de la mujer³²². En su seno se han celebrado diversas Conferencias, Declaraciones y Convenciones (estas últimas de carácter vinculante) sobre la materia, que a nivel internacional han desencadenado una abundante legislación auspiciadas sobre todo por el Movimiento feminista iniciado en los países anglosajones a partir de los años sesenta del s. XX.

Conferencias:

- La primera fue celebrada en México, en el año 1975. El logro atribuible a esta Conferencia fue conseguir el reconocimiento de la igualdad jurídica de hombres y mujeres, inspirando la proclamación del “Decenio de Naciones Unidas para la Mujer” (1975-1985).
- Es Copenhague la sede elegida en 1980 para la celebración de la *Segunda Conferencia sobre la mujer*, en ella se aboga por la igualdad de oportunidades

razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Y en su art 2 se menciona la no discriminación por razón de sexo.

³²¹ En cuyo art. 6 se establece que “a) la mujer es igual al hombre en dignidad humana, y tiene tantos derechos como obligaciones; goza de personalidad civil, así como de ulteriores garantías patrimoniales, y tiene el derecho de mantener su nombre y apellidos. b) sobre el hombre recaerá el gasto familiar, así como la responsabilidad de la tutela de la familia.”

³²² La ONU nace tras la IIGM con cuatro objetivos principales: “Mantener la paz en todo el mundo; Fomentar entre las naciones relaciones de amistad; Contribuir a mejorar las condiciones de vida de las personas más necesitadas y fomentar el respeto mutuo a los derechos y a las libertades; Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.” Por lo que comprobamos que el tema de la mujer y la violencia que contra ella se ejerce está en total consonancia con el objetivo número 3.

en educación, salud y trabajo y en la que se reconoce explícitamente que la violencia contra las mujeres en el entorno familiar es el crimen encubierto más frecuente en el mundo.

- En 1985, con sede en Nairobi, tiene lugar la *Tercera Conferencia, para el Examen y Evaluación de los logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: igualdad, desarrollo y paz*. El elemento clave esta vez es la violencia sexual.
- *La Cuarta celebrada en Beijing en 1995*, resulta de extrema importancia debido a que por primera vez en la ONU se trata el tema de la violencia de género, como diferenciada del resto de violencias, (como la familiar o doméstica), y crea una *Plataforma de Acción* a la que se le irán añadiendo los países firmantes, en la que establece que El término “violencia contra la mujer” se refiere a *todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública o privada*.

Declaraciones:

- La *Declaración para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1967. Resolución de la Asamblea General 2263, en cuyo artículo 1 se establece que la discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana.
- La ONU declara el Decenio de Naciones Unidas para la mujer el comprendido entre 1976 y 1985 que alcanza su mayor expresión en la Conferencia Mundial de 1980.
- En 1993 es la fecha en que se consolidan los Pactos de Viena³²³ en cuyo art. 3 conviene que “cada uno de los Estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el siguiente Pacto”.

³²³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 19 de Diciembre de 1966.

- Se establece la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993*, a través de la Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre. A los efectos de la presente Declaración, por *violencia contra la mujer* se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Convenciones:

- *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, aprobada por la Asamblea de la ONU, mediante Resolución 640, de 20 de Diciembre de 1952, en la que se reconoce que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por conducto de representantes libremente escogidos, y a iguales oportunidades de ingreso en el servicio público de su país; y trata de igualar la condición del hombre y de la mujer en el disfrute y ejercicio de los derechos políticos, conforme a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* adoptada en New York el 18 de Diciembre de 1979, (más conocida por sus siglas en inglés: CEDAW), la cual fue ratificada por España el 16 de Diciembre de 1983 y publicada en el BOE el 21 de marzo de 1984 y en cuyo art. 1 se establece que *a efectos de la presente convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión, o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas, política, económica, social, cultural y civil y en cualquier otra esfera.*
- En el ámbito de la región de Latinoamérica, se celebra en 1994 la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer*, más famosa como la Convención de Belém Do Para, por el lugar en el que fue celebrada (Brasil). Aunque fuera de nuestro ámbito, es la primera

(recordemos que en el seno de la ONU es en 1995, en Beijing) que introduce expresamente “género” a la hora de dar contenido a este tipo de violencia estableciendo en su art. 1 que *a los efectos de esta convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico de la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.*

Todo este material legislativo basado especialmente en la situación de la mujer resultaría inservible o inaplicable si no existiesen órganos encargados de su implementación, además de ponerlo al día y la de vigilar su cumplimiento en cada uno de los estados que lo ratificaron. Es por ello que Naciones Unidas cuenta con un entramado de instituciones que velan su cumplimiento como son la Asamblea General, el Consejo Económico y diversos órganos normativos especializados en la prevención del delito y justicia penal, que aunque no sean específicos para las mujeres, han elaborado muchas Recomendaciones en su nombre. Además, muchos órganos que sí son específicos de la Mujer como la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la División para el adelanto de la Mujer, el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (el UNIFEM), el Instituto internacional de investigaciones y capacitación para la promoción de la mujer (INSTRAW), las Reuniones de Expertos sobre la Violencia doméstica y la Relatora especial sobre Violencia contra la Mujer³²⁴.

Para resaltar la importancia del género, la propia ONU creó el 2 de julio de 2010 la Entidad de la ONU para la Igualdad de género y el Apoderamiento de la mujer, nacido al fusionar “la Unifem, la División para el avance de las mujeres (DAW), la Oficina de Asesoramiento para cuestiones de género y el Instituto de Investigación y Capacitación para el Avance de la mujer (Instraw). La integración evitará duplicidades y permitirá afrontar los retos de forma más directa y dinámica³²⁵”.

³²⁴ Para ver un análisis más detallado de estos Órganos, consultar “Otra frontera rota (I). Aspectos jurídicos de la Violencia Doméstica”, Comisión para la investigación de Malos Tratos a Mujeres, Madrid, 1998, p. 11-17.

³²⁵ El País, 13 de julio de 2010, “Una ONU para combatir el machismo. Cinco agencias se unen y duplican su presupuesto para evitar su discriminación”.

Es por tanto en el ámbito internacional donde comienza a diferenciarse la violencia contra la mujer como una forma especial de violencia, distinta a la ejercida a otros miembros de la familia debido a las diferencias estructurales que favorece el sistema social sobre el que se construye el Patriarcado. Y además es en la esfera internacional donde se comienza a diferenciar entre dos conceptos, el sexo y el género; es importante tomar en consideración tales diferencias cuando se plantea su plasmación en la ley para después evitar problemas prácticos o de aplicación. Comprobaremos cómo esas diferencias en los conceptos no logran plasmarse de manera adecuada en nuestra legislación nacional.

1.2. Otros organismos internacionales

Diversas son también las ONGs que han trabajado en este ámbito a nivel Internacional. Una de las más conocidas es Amnistía Internacional, cuya función de observancia referida al cumplimiento de los Derechos Humanos por los diferentes Gobiernos, ha alcanzado gran prestigio mundial. Gracias a este prestigio aunque su activismo no genere decisiones vinculantes, ejerce gran presión internacional.

En España, son numerosos los Informes que anualmente Amnistía Internacional prepara para comprobar si los compromisos adquiridos a nivel internacional quedan realmente reflejados en la legislación interna y aplicable de nuestro país. Haremos referencia más adelante a dos de los informes elaborados por dicha Organización (en 2002 y 2003) denunciando e instando al Gobierno español a poner al día de su legislación con la legalidad internacional. O como “Más allá del papel: hacer realidad la protección y la justicia para las mujeres ante la violencia de género en el ámbito familiar” de mayo de 2005 (referida a la LO 1/2004 de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género), en la que “expresa su satisfacción por el paso dado por el Estado español en mejorar la protección jurídica de los derechos de las mujeres. No obstante, la Organización considera que el desafío mayor consiste en hacer los derechos de las mujeres realidad, lo que implica eliminar todos aquellos obstáculos que en la práctica pueden continuar afectando la efectividad y eficiencia de las leyes”.

También en México, situaciones difíciles como la de Ciudad Juárez han tenido voz a través de Amnistía Internacional, que ha denunciado la inacción del Gobierno por no

investigar la situación. Recordemos que Ciudad Juárez es una ciudad mexicana situada en el Estado de Chihuahua que hace frontera con los Estados Unidos. Desde que México se abrió al mercado internacional, en esa zona se establecieron muchas fábricas e industrias norteamericanas, donde la mayoría de las trabajadoras son chicas adolescentes que salen de sus ciudades (cercanas o no a Ciudad Juárez) en busca de oportunidades de trabajo y que encuentran en esas fábricas³²⁶. Son muchos los factores que confluyen en Juárez que la caracterizan de una manera especialmente conflictiva; los cárteles del narcotráfico, la inmigración, incluso se baraja la influencia que haya podido tener la introducción de las mujeres en el mercado laboral, concretamente en las maquiladoras³²⁷. Ya van más de diez años con miles de desaparecidas, según muestran algunos datos, desde 1993 hasta 2004 son 286 mujeres asesinadas identificadas con nombre y apellido y 75 cadáveres sin identificar, a las que se suman 2000 desaparecidas³²⁸. Se han barajado diversas hipótesis, como el comercio de órganos, o las relaciones de estas chicas jóvenes con narcotraficantes como medio de salir de la pobreza, incluso que estos crímenes proceden de la violencia entre parejas, pero nada se ha esclarecido todavía. La cuestión es bien delicada: el silencio del Gobierno mexicano, la situación fronteriza donde se concentran las desapariciones, (Texas espera al otro lado de la frontera mediante El Paso), las diferencias de salarios, calidad de vida, países y nuevas oportunidades hacen muy atractiva la zona a la vez que peligrosa.

Son varios los Informes y las Campañas lanzadas a nivel internacional para intentar detener la situación. Las propias madres de las muertas y desaparecidas (sobre todo ellas, pero también el resto de familiares) y diversas ONGs, son las que están llevando la carga de la situación y denuncian la inacción del Estado. Los Informes de AI “Muertes Intolerables” de agosto de 2003 o “Falla la justicia en Ciudad Juárez” de

³²⁶ Estas “maquilas” o fábricas se componen de capital extranjero y, están estratégicamente localizadas en la zona fronteriza con el país más rico del mundo, en donde la mano de obra es barata. A finales de los años sesenta, muchas mujeres vieron un futuro laboral en ellas, lo que provocó el sentimiento frustrado de muchos hombres de ver cómo las mujeres salían a ocupar también el espacio público y aportaban dinero en la casa

³²⁷ Recordar en este sentido que la violencia es característica de la sociedad juarense, en el sentido que en el último año es raro el día que no hay varios muertos, para más información El País, 10 de febrero de 2009, “Ni un día sin muertos en Ciudad Juárez. El municipio mexicano registró el año pasado 1.600 asesinatos. La lucha entre bandas de <narcos> provoca la mayoría de los homicidios”.

³²⁸ “Todas son nuestras hijas. Todas son nuestras muertas 1993-2004”, informe de la ONG “Nuestras hijas de regreso a casa”; consultado en marzo de 2008 en <http://www.mujeresdejuarez.org/>.

2005, son un ejemplo. Campañas mundiales que repercutieron en diferentes ciudades del mundo, como la llevada a cabo para proteger a la activista y defensora de los Derechos Humanos Evangelina Arce, madre de una de las desaparecidas con una campaña que comenzó en mayo de 2003, tras ser ésta agredida por tres hombres, cuando ella había denunciado estos feminicidios y criticado al Gobierno; o la Campaña “No más violencia contra las Mujeres” en 2004.

Con motivo de las elecciones vividas en México el 2 de Julio de 2006, AI aprovechó para llamar la atención sobre esta realidad a todos los candidatos a la Presidencia de la República: “sin duda, la violación de los derechos humanos continúa siendo una realidad cotidiana en México. Las deficiencias en el sistema de justicia, que permiten su uso indebido, fomentan la tortura, las detenciones arbitrarias y la impunidad. Las mujeres y las niñas continúan soportando altos niveles de violencia y discriminación. La respuesta inadecuada al patrón brutal de asesinatos y desapariciones de mujeres en Ciudad Juárez en los últimos trece años ejemplifica esta terrible realidad³²⁹”. Como ya vimos, ha sido la propia Corte Interamericana de Derechos humanos la que ha castigado a los Estados Unidos Mexicanos por su inacción.

España y México comparten una situación estratégica parecida, en el sentido que ambos países son la puerta para sus vecinos del sur. A México llegan sobre todo inmigrantes de Centro América que esperan pasar a los Estados Unidos y, España hace lo propio con los inmigrantes africanos que llegan en busca de mejores oportunidades de trabajo y de vida en general. Lo cual hace que en ambos países en estos momentos se esté debatiendo el polémico asunto de las vallas y muros fronterizos más altos, la situación cada año se hace más difícil y los organismos implicados en los Derechos Humanos tienen mucho que opinar al respecto. Ya vimos en el capítulo primero que este asunto acaba de resolverse en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo ejemplar de condena a la República mexicana “por incumplir su deber de prever e investigar debidamente el asesinato en 2001 de tres mujeres, y que violó los derechos a

³²⁹ Informe México: Derechos Humanos: Un deber ineludible de los candidatos, 30/06/2003, en <http://www.amnestyusa.org>

la vida, a la integridad y a la libertad personal, obligándolo a investigar de nuevo los crímenes³³⁰.

2. ANTECEDENTES EN ESPAÑA: LOS PLANES DE GOBIERNO

Las nuevas exigencias sociales puestas de manifiesto en el primer capítulo de este trabajo, y la creencia en los efectos positivos del Derecho penal han hecho que éste haya intervenido como *prima ratio* (y no como *última ratio*) en el caso de la violencia doméstica y de género, cuya intervención queda legitimada por la mayor parte de la doctrina, ahora sólo hay que ajustar su regulación a los parámetros y garantías tradicionales del Derecho penal.

En los últimos años el intento de solución al conflicto que aquí se plantea ha venido regulado por varios Planes de los diferentes Gobiernos españoles como: el I Plan de Oportunidades entre hombres y mujeres 1988-1990, y los subsiguientes con el mismo nombre, correspondientes a los años 1993-1995 (II Plan), 1997- 2000 (III Plan) y 2003-2006 (IV Plan) respectivamente; y dos Planes de Acción contra la Violencia Doméstica: I Plan de acción contra la Violencia Doméstica 1998- 2000 coordinado por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001- 2004³³¹. Por último añadimos el Plan estratégico de igualdad de oportunidades (2008-2011), que toma como principios rectores la redefinición de ciudadanía y el empoderamiento de las mujeres, vinculados ambos con el de autonomía, es decir “capacidad de las mujeres para adoptar sus propias decisiones. La autonomía va más allá de la mera independencia (entendida como sentimiento subjetivo), ya que precisa de un pacto: no basta con que sea asumido por las propias mujeres, sino que tiene que ser reconocido por la sociedad en su conjunto³³²”.

³³⁰ El País, 17 de diciembre de 2009, “Justicia al fin en Ciudad Juárez. La Corte Interamericana de Derechos Humanos hace pública una sentencia histórica contra el Estado mexicano por no haber evitado tres “feminicidios”.

³³¹ El presupuesto total anual estimado para los cuatro años de vigencia del II Plan Integral contra la Violencia Doméstica asciende a trece mil setenta y dos millones trescientas sesenta y siete mil treinta y una pesetas (13.072.367.031 ptas.), en <http://www.malostratos.com/contenido/legal/espana/plandeaccion24.htm>

³³² Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades (2008-2011), p. 7.

En nuestra opinión, los conceptos de autonomía y de empoderamiento son dos ideas sobre las que debería versar cualquier política a favor de las mujeres.

Hasta el 2004 en España podíamos preguntarnos si realmente se estaba avanzando en la dirección adecuada puesto que las sucesivas reformas legislativas no daban resultados visibles; como vimos, el número de denuncias y de mujeres asesinadas no lograba reducirse. Con la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de Género se esperan cambios profundos al ser una Ley que venía reclamándose desde los años noventa por grupos de mujeres. Lo más positivo y que diferencia esta ley de las anteriores es que su visión es integral, es decir, que aborda el tema desde los diferentes ámbitos afectados en procura de una solución al problema desde todos los focos, no sólo desde el estrictamente penal. No obstante lo importante entonces para obtener resultados es el despliegue en su ejecución financiera, esencial para poder llevar a cabo todos los postulados de la ley, más allá de las medidas penales.

II. REGULACIÓN POSITIVA EN ESPAÑA AL HILO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. CÓDIGO PENAL DE 1944 Y TEXTO REFUNDIDO DE 1973³³³

La preocupación por la integridad física y psíquica de la mujer como ya mencionamos en el capítulo anterior, concretamente en el perfil del sujeto pasivo, vino dada a lo largo de los siglos por la Medicina Legal, pero siempre partiendo de la base de que la mujer era la provocadora y por lo tanto, la causante del impulso pasional en el hombre ante una violación³³⁴, por ejemplo, o ante los malos tratos domésticos. Ella aparecía como la única culpable y consecuentemente, nunca merecedora de protección estatal. Ni siquiera estos hechos eran objeto de debate, se justificaban por formar parte de nuestra raíz cultural.

³³³ Decreto 3096/1973, de 14 de Septiembre.

³³⁴ Consultar LORENTE ACOSTA, M. y LORENTE ACOSTA, J. A.; *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Ed. Comares, 1998, Granada, p. 33 que hace referencia al tratamiento de la mujer en los tribunales, por ejemplo en la STS 30 de Mayo de 1890 o también la SAP de Lérida 17 de febrero de 1989 que recoge el famoso “caso de la minifalda de 1989”.

En materia de violencia doméstica la única mención que se hacía en el Texto refundido de 1973 se ubicaba en el art. 583³³⁵, dentro del Título III “De las faltas contra las personas”, donde se regulaba la falta de maltrato, cuyo tipo y penalidad no cubrían el total desvalor de la conducta, por lo que resultaron francamente insuficientes para regular de manera eficaz estos comportamientos. Su alcance resultaba muy escaso y poco disuasorio, sobre todo por su aplicación en los tribunales imbuidos de los valores sociales imperantes.

En España hasta 1989 se atendía al tiempo que las lesiones tardaban en curar y no a la forma en que la conducta era llevada a cabo para determinar su penalidad³³⁶, de tal manera que si el tiempo de curación de las lesiones era menor a 15 días se trataba de una lesiones menos graves³³⁷ y si excedía dicho tiempo, entonces el injusto sí comportaba gravedad. Este criterio incriminatorio se estimó frágil a la hora de corregir o erradicar este tipo de comportamientos sociales, pues un puñetazo o, un golpe cualquiera, no suele tardar en curar más de 15 días, por lo que las conductas eran juzgadas como meras faltas. En caso de producirse un delito de lesiones, homicidio o cualquier otro tipificado en el Código, se acudía al correspondiente ilícito, agravado por la circunstancia mixta de parentesco regulada en el art. 11 CP³³⁸.

Un axioma en el mundo jurídico es que el Derecho nunca se anticipó a los hechos: eso es lo que ha ocurrido con el maltrato en el hogar. El legislador también en este caso

³³⁵ **Art. 583 CP-73:** “Serán castigados con las penas de 5 a 15 días de arresto menor y represión privada: 2. Los maridos que maltrataren a sus mujeres, aun cuando no las causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior.”

³³⁶ Ver en este sentido: BENÍTEZ JIMÉNEZ, M^a J.; *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, 2004. p.70: “Mediante LO 3/89 se abandona el sistema caracterizado por el objetivismo. Antes los delitos se medían por el resultado y el tiempo necesitado de atención médica que hacía difícil la aplicación y la integración del dolo” y en el mismo sentido CERRILLOS VALLEDOR, A., ALONSO CARBAJAL, A, SARIEGO MORILLO, J. L y otros (VVAA); en *Familia y Violencia: enfoque jurídico*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, Dykinson, 1999. p. 102: en el 89 las reformas operadas en materia de lesiones son importantes “optando el legislador por sustituir el tradicional criterio de incriminación basado en el tiempo de sanidad, por el de atender a los modos y formas de acusación de la lesión para determinar la reprobación de la conducta”

³³⁷ **art. 422 CP 1944:** “Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes, que produzcan al ofendido incapacidad para el trabajo por más de quince días o necesidad de asistencia facultativa por igual tiempo, se reputarán menos graves y serán penadas con arresto menos”.

³³⁸ **art. 11 CP 1944:** “Es circunstancia que atenúa o agrava la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados que el ofensor”.

introduce un delito específico cuando este comportamiento al ser denunciado y publicado deja de estar tolerado socialmente. De esta manera, la violencia es un hecho social que promueve la necesidad del cambio de actitud de los poderes públicos frente a esa violación de los Derechos Humanos de las mujeres. El gobierno comprende la necesidad de políticas públicas enfocadas al aspecto específico de las mujeres de tal forma que en 1983 creó el Instituto de la Mujer, cuya labor ha sido fundamental en esta materia al ser el impulsor clave en la prevención y asistencia a las mujeres víctimas de violencia doméstica. La publicación del número de denuncias de mujeres maltratadas en el año 1984 por parte del Ministerio del Interior, generó la alarma social suficiente que desencadenara la introducción del delito específico de violencia doméstica en el año 1989.

2. LA REFORMA DEL CÓDIGO, OPERADA POR LO 3/89 DE 21 DE JUNIO

Además de la publicación de tales estadísticas, la presión internacional ejercida desde las instancias europeas se deduce en este caso de la Resolución R (85) 4 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre la violencia en la familia, por la que se trata de formar una conciencia colectiva en torno al problema, pues recomienda a los Estados miembros que informen y sensibilicen a la opinión pública sobre la amplitud, la gravedad y los rasgos particulares de los actos de violencia dentro de la familia, con vistas a lograr la adhesión a las medidas destinadas a luchar contra dicho fenómeno. También se acuerda mediante Resolución A-44/86 sobre Agresiones a la mujer del Parlamento Europeo, la introducción de cursos para preparar a los niños y a los jóvenes para la vida adulta así como el control continuado de la aplicación de estos programas que cubran el desarrollo de un sentimiento de respeto hacia la existencia y la dignidad humanas como un elemento estructural de las relaciones entre los sexos³³⁹. Habría que añadir además las Convenciones de Naciones Unidas como la CEDAW y demás conferencias ya mencionadas, como instrumentos de presión.

³³⁹ Pese a que ya dejamos puesta de manifiesto nuestra postura en el capítulo I respecto de la definición que mejor representa la problemática, LORENTE ACOSTA, M.; *Mi marido me pega lo normal; Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ed. Ares y Mares, Barcelona, 2001, p. 39 prefiere utilizar el término “Agresión a la mujer”, pues el uso de “violencia doméstica” reduce el término al escenario en el que se produce, por lo que “debemos denominar a este tipo de violencia <agresión a la mujer>,” que “no es una violencia doméstica pero domestica a la mujer”. Es con esta fórmula con la que llega al síndrome de Agresión a la Mujer, cuyos síntomas “la hacen diferente a otros tipos de violencia”.

A nivel nacional en el Proyecto de Código Penal de 1980, no tenía cabida una tipificación diferenciada de los malos tratos domésticos como delito. Por tanto, la introducción de esta infracción se encuentra en otro ámbito, cuyo precedente inmediato fue el Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres de 1988-1990, elaborado por el Consejo Rector del Instituto de la Mujer, que proponía cambios legislativos para abordar el problema. A partir de entonces, la violencia comienza a visualizarse como un elemento característico de numerosos hogares que han sido el ámbito privado por antonomasia y, en el que, sin embargo, los poderes públicos se han visto obligados a intervenir debido a la gran alarma social que se ha generado³⁴⁰.

Situación política que comienza a cambiar con la aparición de una nueva fuerza legislativa; un nuevo <gestor de la moral colectiva> como lo denomina GIMBERNAT³⁴¹: el Feminismo. Las feministas de los setenta y ochenta descartaron el uso del Derecho penal y abogaron por la despenalización de muchas conductas que hasta entonces desfavorecían a la mujer como del adulterio, el aborto o el uso de los anticonceptivos. Sin embargo, en un estadio posterior aparecerá un feminismo criminalizador que concebirá el Derecho penal como instrumento de lucha perfecto contra la violencia doméstica y de género³⁴². Comienza en estos términos a desarrollarse el concepto “género” para hacer referencia a todo ese bagaje cultural que creó el derecho discriminatorio: por un lado los hombres y por otro las mujeres. Como suele ocurrir en las Ciencias Sociales, se ha pasado de ignorar el término género a pretender que éste de respuesta a la violencia padecida por muchas mujeres dentro y fuera del hogar³⁴³. Esto degenerará en “una política Criminal demasiado pragmática y demasiado inclinada a resolver por la vía más rápida el conflicto que más preocupa³⁴⁴”. Es por ello

³⁴⁰ BUSTILLO SUÁREZ, E. “Otra forma de asesinar” en Congreso sobre Violencia Doméstica 12 y 13 de junio de 2003, *Observatorio sobre la Violencia Doméstica*, Madrid 2004, en la que la autora afirma que “la opinión pública ha iniciado una etapa de sensibilización hacia la Violencia Doméstica que ha trascendido a la clase política”

³⁴¹ GIMBERNAT ORDEIG, E.; “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, *El Mundo*, 10 de julio de 2004.

³⁴² Aunque volveremos sobre ello en el último capítulo, al respecto puede consultarse LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 23 y ss.

³⁴³ LARRAURI, E.; *Criminología crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, P. 16

³⁴⁴ MUÑOZ CONDE, F.; Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Valle Muñiz*, Aranzadi ed. Navarra, 2001, P. 569

que se puede afirmar que “el feminismo español utilizó la legislación penal, no como un elemento de solución, sino como un elemento de denuncia³⁴⁵”.

El legislador introduce por primera vez en nuestro país el delito de violencia doméstica o familiar (no de género), tipo penal que según BUSTOS se incorporó “seguramente en razón de la gran difusión que han tenido las investigaciones criminológicas sobre la llamada violencia doméstica o familiar. Ahora bien, ello en modo alguno según parte de la doctrina justifica de por sí la introducción de un tipo penal, pues en principio lo que están indicando tales investigaciones es un encubrimiento cultural de determinados hechos delictivos³⁴⁶, promoviendo una construcción legal nueva, de difícil aplicación práctica, cuando existen delitos clásicos, que sirven perfectamente para perseguir estas conductas denominadas “malos tratos” o violencia familiar aplicando las diversas penas de acuerdo con la regulación del concurso de delitos³⁴⁷”.

Sin embargo para otros autores, tal tipificación viene a llenar de contenido lo que hasta entonces constituía un importante vacío legal³⁴⁸ y, para ello no sólo fueron decisivas las aportaciones criminológicas sino también la Transición Política, la nueva Constitución y el ámbito europeo, en donde ya se habían comenzado a acusar una serie de proclamas en torno a la familia y concretamente en torno a la figura de la mujer. Según BENÍTEZ JIMÉNEZ³⁴⁹, fueron dos sobre todo, los logros conseguidos por la Reforma de 1989:

³⁴⁵ BODELÓN GONZÁLEZ, E.; “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R.; (coordinador y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 472.

³⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, 2.a Edición aumentada, corregida y puesta al día Ed. Ariel, Barcelona, 2ª ed. 1991, p. 164

³⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra la integridad de la persona y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”, *La violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, p. 158

³⁴⁸ CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm. 33, Marzo 1994, Consejo General del Poder Judicial, p. 45 en la que la autora alega que ya “en un trabajo anterior... sugeríamos como muchos otros la necesidad de tipificar el delito de malos tratos ante el tremendo vacío legal que se producía...”.

³⁴⁹ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M^a. J.; *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos* 2004, p. 77.

- conductas antes no punibles se tipifican como delito.
- conductas que antes eran consideradas faltas fueron elevadas a la categoría de delito.

Se introduce un delito totalmente novedoso en nuestro derecho penal, materializado en la rúbrica del Capítulo IV “de las lesiones”, en el art. 425 del código:

| FALTA DEL ART. 583 CP-73 antes de la reforma de 1989. | DELITO DEL ART. 425 CP después de la reforma de 1989. |
|--|---|
| <p><i>“Serán castigados con las penas de 5 a 15 días de arresto menor y represión privada:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los que causaren lesiones que no impidan al ofendido dedicarse a sus trabajos habituales, ni exijan asistencia facultativa. 2. <i>Los maridos que maltrataren a sus mujeres, aun cuando no las causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior</i> 3. Las mujeres que maltrataren de palabra o de obra a sus maridos.”... | <p><i>“El que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere ligado por análoga relación de afectividad, así como sus hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, o menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”.</i></p> |

Lo que llamaba la atención del art. 425 del CP de 1989 es que en la relación análoga de afectividad no se mencionaba la necesidad de *permanencia*³⁵⁰, requisito que sí era necesario en la circunstancia mixta de parentesco regulada en el art. 11 CP.

El tipo delictivo del 425 supuso el primer paso para llamar la atención sobre la situación, que dejaba de ser un comportamiento tolerado por la sociedad convirtiéndose en un tema de política pública, a partir del cual los poderes del Estado tienen la obligación de intervenir para garantizar el derecho a una vida sin violencia de sus ciudadanos dentro de la institución familiar. Esta reforma supone el inicio de una escalada de penas por las que se van a castigar los comportamientos violentos en el hogar. Sin embargo hay autores que consideran que “lo más correcto hubiese sido establecer una cualificación bien genérica, bien específica de cada uno de los tipos delictivos involucrados, basada en la habitualidad de este tipo de comportamientos, que,

³⁵⁰ ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J.; “Malos tratos habituales en el ámbito familiar”, en *Delito de lesiones*, Aranzadi ed., Pamplona, 1993, p. 151

junto con la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco en su aspecto de agravante, permitiría una elevación de las penas aplicables a estos casos³⁵¹”.

En caso de no poder estimar todos los elementos del delito, en su defecto continuó regulándose la falta de maltrato, aplicable cuando no fuera posible apreciar la habitualidad, o los hechos no resultasen tan graves como para ser constitutivos de delito, en el código se recogía la posibilidad de falta de maltrato, que provenía del anterior art. 583, que pasa a integrar el párrafo 2 del art. 582 (quedando en el párrafo 1 del art. 582 recogida la falta de lesiones): “*el que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión*”.

Son medidas tomadas en aras a la función de motivación del Derecho penal, sobre todo de las ideas de Prevención general y especial que pueden derivarse de dicha regulación penal, veremos cómo estas ideas toman mayor importancia con el paso de los años, aunque hay un sentimiento muy generalizado en la doctrina española de estar ante una reforma simbólica³⁵².

3. HACIA UN NUEVO CÓDIGO PENAL

La finalización de la época dictatorial en los años setenta y el cambio del modelo de Estado, promueven la necesidad de promulgar la Constitución de 1978, y a su vez ésta, hacía necesaria la creación de un Código penal de nueva planta que pusiera al día el elenco de delitos de la era democrática española. Código que finalmente vio la luz mediante LO 10/1995 de 23 de noviembre. Por tanto, es una época de reformas técnicas y políticas.

³⁵¹ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 132

³⁵² Críticamente respecto del carácter simbólico de la ley en aquel entonces MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, Octubre de 2007, p. 15

Se trata de un código de nueva planta porque la Constitución había causado cambios de raigambre en materia de familia, se había producido pues una “modernización” en varios aspectos: la disolubilidad del matrimonio (divorcio), la equiparación de los cónyuges, que implicaba una patria potestad compartida (no discriminación por razón de sexo), la equiparación a todos los efectos de los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales (abolición de la bastardía), la equiparación social de las madres con independencia de su estado civil (no discriminación por razón de estado), la justificación de las relaciones de convivencia no basadas en el matrimonio (parejas de hecho) y la no necesidad del matrimonio como requisito para formar familia (familias sin matrimonio)³⁵³.

Además, a nivel supranacional no cesaba la actividad legislativa y, de ello dan muestra las siguientes resoluciones del Parlamento europeo que se produjeron en el periodo de 1989 a 1995: Resolución núm. 2 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre las medidas sociales respecto a la violencia en el seno de la familia de 1990 solicitando una igualdad real entre los sexos, lo que implica igualdad en la educación, igualdad de oportunidades en lo que se refiere al trabajo y a la toma de decisiones e, igualdad de posibilidad de acceder a la independencia económica y al desarrollo personal; Resolución del Consejo de Europa sobre la Violación y Abuso sexual de la mujer de 1993 (que es fruto de la III Conferencia Europea sobre la Igualdad entre hombres y mujeres celebrada por el Consejo de Europa en Roma); y la Resolución A-0349/94 del Parlamento Europeo, sobre violaciones a los Derechos Fundamentales de la Mujer, considerando que las violaciones de los derechos humanos fundamentales en contra de la mujer son múltiples, revisten formas muy diversas y concretas y merecen una mayor atención por parte de los Estados de la Unión. Todo ello va fraguando la necesidad de un código penal de nueva planta en España, que se haga eco de una regulación penal encaminada a una real protección de la mujer para el caso de los malos tratos domésticos.

³⁵³ SERRANO, J. L.; “La Familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 4, Granada, 2001, p. 45.

3.1. Aportaciones del nuevo Código Penal

Varios fueron los intentos para fraguar un nuevo código que englobara y desarrollara el nuevo Programa Penal democrático marcado por la Constitución; como el proyecto de la UCD en 1980, y el de 1992, otro Proyecto de código penal vuelve a ubicar el delito en el título de las lesiones, esta vez en el art. 159 CP³⁵⁴. Hasta que finalmente en 1994³⁵⁵ se consiguió finalizar la tramitación de un nuevo Proyecto inspirado en el de 1992, que fue finalmente aprobado por el Pleno del Congreso y se promulgó mediante LO 10/1995 de 23 de noviembre.

El legislador en este caso introduce un nuevo delito en el art. 153 basado en el anterior 425, incluyéndolo en la rúbrica destinada a las lesiones, en el Título III del libro II, conteniendo el tipo de los malos tratos habituales.

| ART. 425 del CP-73 Capítulo IV “De las lesiones” | ART. 153 CP-95, Título III “De las lesiones” |
|---|---|
| <p><i>“El que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese ligado por análoga relación de afectividad, así como sus hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, o menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”.</i></p> | <p><i>“El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria, tutela, curatela o guarda de hecho de uno y otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso se causare.”</i></p> |

³⁵⁴ Art. 159 Proyecto de Código penal de 1992: “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menos o incapaz sometido a su tutela o guarda, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años”. Para más información sobre estos proyectos de reforma consultar MARCOS AYJÓN, M.; “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del art. 173 del código penal”, en *La Ley penal, Revista de derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Estudios Monográficos de Violencia Doméstica*, nº 2, Año I, febrero 2004. P. 19.

³⁵⁵ Para mayor información consultar la explicación que CORTÉS DE BECHIARELLI, hace en su libro *El delito de malos tratos familiares. Nueva Regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, de las p. 19-35, en las que analiza los cambios que al final fraguan el art. 153 del CP-95.

Inicialmente, con una simple lectura podemos deducir que en esta nueva redacción se introducen cuatro grandes novedades³⁵⁶: en primer lugar se habla de relación *estable* frente a la anterior regulación en la que no se hacía semejante mención, aunque se sobreentendiese al explicitar relación matrimonial o análoga. En segundo lugar, se amplía el listado de sujetos protegidos por el tipo a *ascendientes e hijos propios o del cónyuge o conviviente*. Introduce la figura de la *curatela*³⁵⁷. En cuanto a los sujetos, si de violencia familiar en casa se trata, es importante destacar que entra a valorarse no solo las violencias de padres contra hijos sino también la de hijos contra padres, cuestión no baladí en los tiempos que corren³⁵⁸. En tercer lugar, se suprime la expresión *y con cualquier fin* y por último, se produce un considerable incremento de pena, el arresto mayor de 1973, ahora puede llegar a los tres años de prisión. A lo que nosotros añadiríamos una novedad más, y es la importante cláusula valorativa: *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder, por el resultado, que en cada caso se causare*, lo cual nos va a dar la clave para la apreciación del concurso de delitos, y para estimar que *a priori*, el 153 se consumaría con la mera acción sin necesidad de un resultado. Por lo tanto, en caso de aparecer resultados cabría apreciar el concurso de delitos.

Es importante mencionar las cuestiones relativas al bien jurídico objeto de protección, pues el legislador al optar por dicha cláusula parece que quiere diferenciarlo con el propiamente tutelado por las lesiones. Debido a dicha disposición, parte de la doctrina demanda que el objeto que se esconde detrás de la violencia doméstica comienza a diferenciarse cada vez más de la integridad física o la salud, típica de las lesiones. Por lo que resulta más acertado virar hacia otros bienes jurídicos diferenciados

³⁵⁶ GANZENMÜLLER ROIG, J. F ESCUDERO, *La Violencia Doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, 1999, Barcelona. P. 265 y ss.

³⁵⁷ Relación de curatela es aquella en la que el curador debe manejar el patrimonio del menor no siendo su función primordial la educación integral del menor. Simplemente el curador debe asistir y completar la capacidad de obrar del menor al estar ésta limitada por esa minoría de edad. La función por tanto de asistencia patrimonial no tiene por qué implicar la convivencia entre curador y menor.

³⁵⁸ Para más información sobre la magnitud del fenómeno, llaman nuestra atención tres noticias aparecidas en El País; una de 20 de junio de 2006 “Pequeños tiranos que maltratan a los padres. Los especialistas debaten si el síndrome del emperador se debe a carencias educativas o hay también factores genéticos”, otra de 11 de marzo de 2007 “Hijos violentos” y otra de 21 de septiembre de 2009 “La Fiscalía alerta del preocupante aumento de adolescentes que pegan a sus padres. El organismo denuncia el deterioro y la falta de personal en los centros de menores con trastornos de conducta”.

como la integridad moral, que es la propuesta de MARÍN DE ESPINOSA³⁵⁹, al interpretar el delito de violencia doméstica como un tipo agravado contra la integridad moral por la reiteración de la conducta y por la relación cercana con la víctima, sancionando el estado de pánico, temor y angustia que padece la misma. O la dignidad de la persona. Aunque este debate sobre el bien jurídico que justificaría esta figura delictiva será desarrollado más adelante.

Ahondando en la *acción* requerida, sigue sin incorporarse la violencia psíquica, pues ya desde 1993 el art. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la *Eliminación de la Violencia contra las mujeres* comprendía la violencia como “cualquier acto violento basado en la condición sexual que de lugar o pueda dar lugar a un perjuicio o sufrimiento físico, sexual o psicológico de las mujeres”. Ya se reconocía a escala internacional la violencia psicológica como maltrato a la mujer y, sin embargo, dos años después de esta estimación consensuada internacionalmente, no se expresó en este sentido en el ámbito nacional. Por lo que resulta criticable seguir restringiendo el tipo tan sólo a la violencia física sin incluir la psíquica, en este sentido merece el mismo reproche que su antecesor. Realmente las violencias físicas y psíquicas no suponen tal dicotomía en el ejercicio de violencia habitual si entendemos que en el ejercicio continuado (habitual) de las físicas provoca la concurrencia de lesiones psíquicas, que es un punto que desarrollaremos con mayor detenimiento en el siguiente capítulo³⁶⁰.

En relación a los *sujetos pasivos* que entran a formar parte y se introducen dentro de la conducta típica, puede decirse que se amplía el abanico, pues además de los hijos propios, se incluyen a los del cónyuge o conviviente, también las violencias físicas no sólo de padres contra hijos, sino que la que se establece de hijos contra padres y demás ascendentes, e incorpora la curatela, aunque no todavía el acogimiento.

En el nuevo art.153 aumenta el castigo de forma considerable respecto de su antecesor, pues se pasa del arresto mayor a la pena privativa de libertad de hasta tres años, lo cual es criticado por suponer un intento de educar a golpe de legislación que no

³⁵⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La Violencia Doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Ed. Comares, Granada 2001, p. 302 y ss.

³⁶⁰ Ver más ampliamente el análisis de la conducta típica del 173.2 CP que se realiza en el capítulo III de este trabajo, epígrafe 2.1.1.1. C.

serviría para frenar los niveles de violencia, ni para intimidar (o motivar) a los que cometen este tipo de infracciones hasta el punto de abstenerlos a llevarlas a cabo. Este incremento de pena fue visto por gran parte de la doctrina como una vulneración al principio de proporcionalidad que debe desprenderse de la relación entre el bien jurídico protegido y el daño social ocasionado. Sin embargo, la alarma social seguirá sofocándose con mayores penas y adelantos en las barreras de protección en aras a una Política Criminal cada vez más represiva. El único argumento que pareciera salvar estos niveles de penalidad es el estadístico pero no sólo, pues también hay que calibrar el riesgo que supone afrontar en algunos casos la continuación de una convivencia de pareja después de los primeros golpes, que será el argumento explotado a lo largo de todas las reformas sucesivas.

Hecha una aproximación valorativa del delito de violencia doméstica, quedaría por mencionar la regulación de la falta de malos tratos³⁶¹, ubicada en el art. 617.2 que, debido a la complejidad derivada de la aplicación efectiva y real del delito (sobre todo complejo en lo relativo a la habitualidad y a su bien jurídico), será la que, en la mayoría de las veces, acabe resolviendo los diferentes casos en los tribunales.

| Art. 582. 2 de LO 3/1989 | Art. 617 CP- 1995 |
|--|---|
| <p><i>“El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión”</i></p> | <p><i>1. El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.</i></p> <p><i>2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.</i></p> <p><i>Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma</i></p> |

³⁶¹ Vista la falta de maltrato del 617.2, (por su parte, la falta de lesiones estaba regulada en el art. 617.1 CP) y en el art. 620 CP se recogen la injuria y vejación injusta de carácter leve, que es un precepto que a la postre va a resultar clave, cuando por fin se introduzca en el tipo el ejercicio de violencia psíquica, donde las amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos y las amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas de carácter leve pasen de castigarse con la pena de multa a integrar parte del delito de violencia doméstica y penarse con penas privativas de libertad o de derechos. Lo comprobaremos en las siguientes reformas.

| | |
|--|---|
| | <i>estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.</i> |
| | Art. 620 CP-1995 |
| | <p><i>“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Los que, de modo leve, amenacen a otros con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito</i> <i>2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.</i> <p><i>Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”</i></p> |

La falta de malos tratos se distingue de la falta de lesiones en que, no se exige el resultado visible de lesión, sino el mero hecho de golpear o maltratar aunque no se cause una lesión visible y en que no es necesaria la habitualidad. En cuanto a los sujetos pasivos sólo omite a los incapaces, que sí se nombran en el delito. El resto de sujetos son los mismos.

Puede decirse que desde 1989 hasta 1999, el delito de violencia doméstica quedó casi inaplicable en la práctica judicial y que en la mayoría de las ocasiones se llevaría a través de la falta de malos tratos debido a los requisitos de compleja interpretación que en el delito se establecían, sobre todo el de habitualidad, por lo que los Juzgados en muchas ocasiones estimaban más fácil recurrir al art. 617. 2 que al farragoso 153³⁶², con

³⁶² A título de ejemplo pueden consultarse algunas sentencias que evidencian el uso de la falta de malos tratos del 617.2 CP en la práctica judicial, es el caso de las Sentencias: SAP Córdoba núm. 39/1998 (Sección 3ª) de 7 de septiembre, SAP Tarragona núm. 670/1998 (Sección 2ª) de 21 de Diciembre, SAP A Coruña núm. 52/ 1998 (Sección 3ª) de 14 de Abril, SAP Cantabria núm. 23/1998 (Sección 1ª) de 9 de febrero, SAP Madrid núm. 24/1998 (Sección 4ª) de 21 de Enero, SAP Murcia núm. 136/1998 (Sección 1ª) de 2 de Septiembre, etc.

lo que ello conlleva en cuanto a las consecuencias derivadas de la responsabilidad criminal que en el caso de las faltas solía ser la multa. Al imponer a uno de los cónyuges la pena de multa en un régimen de gananciales, la víctima acabará resintiéndose de dicha medida, cuestión que desarrollaremos más adelante. Esto demuestra el carácter simbólico denunciado desde la entrada en vigor del delito en el año 89.

4. LAS REFORMAS DE 1999

4.1. Motivos para la reforma

Quizá una serie de hechos hasta entonces desconocidos, hicieron despertar nuestra conciencia a este asunto. El detonante fue el caso de Ana Orantes, una mujer que rompiendo los moldes hasta entonces convencionales del silencio, decidió un día de 1997 acudir a un programa de la televisión andaluza para denunciar los malos tratos que desde que se casó, hacía ya más de cuarenta años, venía padeciendo a manos de su marido. Alegó ser el único medio que le quedaba por recurrir, desbordada por su situación familiar y en vista de la no protección recibida por parte de los tribunales, puesto que aún habiendo pedido el divorcio por malos tratos, estaba obligada judicialmente a seguir compartiendo casa con su marido, por lo que su problema lejos de desaparecer, estaba más presente cada día. Lo que ella no supuso (o quizá sí), es que estaba firmando su sentencia de muerte haciendo pública su historia, puesto que quince días después de su aparición en televisión contando sus cuarenta años de sinvivir, su marido le esperaba en la puerta de casa para rociarla con gasolina por la espalda, y prenderle fuego después. Este hecho conmovió a la sociedad española y supuso el pistoletazo de salida para que muchas mujeres salieran a denunciar su situación. En vez de incentivar el miedo, este caso supuso una “perestroika” para sacar a la luz los excesos del ámbito privado. A partir de entonces, los medios de comunicación³⁶³ van a

³⁶³ Elenco de titulares de periódico recabados por RODRÍGUEZ GÓMEZ, C.; “El Delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Ed. Colex, Madrid, 2000: “CINCO AÑOS DE CÁRCEL PARA LOS PADRES DE UN BEBÉ POR MALTRATO”, *El País 6 de enero de 2000*. EL FISCAL PIDE NUEVE AÑOS PARA UNA MUJER ACUSADA DE ABUSAR SEXUALMENTE DE SU HIJO”, *Abc 15 de enero del 2000*. “ARRESTADO UN HOMBRE POR RETENER, APUÑALAR Y VIOLAR A SU ESPOSA” *El País 5 de diciembre de 1999*. “UNA ASOCIACIÓN LOGRA RESCATAR A 11 NIÑOS RETENIDOS POR SUS PADRES”, *El País 28 de noviembre de 1999*. “UN GUARDIA CIVIL MATA A TIROS A SU MUJER DELANTE DE UN HIJO DE 12 AÑOS”, *Abc 15 de enero del 2000*. “20 AÑOS DE CÁRCEL PARA UN HOMBRE QUE ABUSÓ DE SUS DOS HIJAS”, *El País 28 de noviembre de 1999*. “UN HOMBRE CONDENADO A 6 AÑOS POR VIOLAR A SU HIJA DE 16, EN LIBERTAD PROVISIONAL, MATA A SU MUJER Y A LA HIJA QUE LO DENUNCIÓ”, *El País 10 de diciembre de 1999*. “UNA MUJER MUERTA Y OTRA GRAVE POR DISPAROS DE SUS EX-COMPAÑEROS”, *El Mundo 14 de enero del 2000*. “UNA HERMANA DEL TORERO CÉSAR RINCÓN, GRAVE TRAS SER APUÑALADA POR SU

crear un elemento decisivo en lo próximos años hasta entonces en la sombra, una opinión pública demandante de más Derecho penal para atajar esa violencia. Ya no sólo serán las feministas, sino que habrá una demanda social.

En opinión de ACALE SÁNCHEZ, el legislador del 99 se vio presionado por las páginas de sucesos de los media y por una opinión pública muy sensibilizada, opinión pública que tiene una percepción bien distinta a la que reclamaba en 1989 la protección penal frente a la violencia doméstica³⁶⁴. La sensibilización social va en aumento y se pide más control y más pena. Dando respuesta a este clamor popular el 30 de abril de 1998, el Gobierno aprueba el I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica³⁶⁵, por el que se prevén, entre otras, medidas de tipo legislativo para salvar las deficiencias que venían denunciándose por gran parte de la doctrina en cuanto al tipo de violencia doméstica del artículo 153 CP. Medidas entre las que destaca la de *incluir en el artículo 153 del Código Penal, el castigo de la violencia habitual psíquica, o plantearse otra ubicación sistemática a la vista del bien jurídico protegido*.

También se incentiva la reforma en la Circular 1/1998³⁶⁶ de 24 de octubre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar*. En ella, se asume la necesidad de una respuesta penal ante este ilícito, estableciendo “que el Derecho penal mínimo no tiene ocasión de entrar en juego a la vista de los derechos constitucionales que se ven afectados y de las consecuencias de las conductas de esta naturaleza suponen en el desarrollo de la personalidad de quienes la padecen” y para ello facilita una interpretación de habitualidad no calificando al sujeto sino a la acción, “integrándose como uno más de los elementos del tipo objetivo”, abogando por la superación de la defectuosa técnica interpretativa hasta

MARIDO”, *El País 5 de diciembre de 1999*. “UNA MUJER INGRESADA EN LA UCI POR LA PALIZA QUE LE DIO SU MARIDO AL QUE HABÍA DENUNCIADO SEIS VECES”, *El País 4 de diciembre de 1999*. “UNA MENOR DENUNCIA UN AÑO DE MALOS TRATOS A MANOS DE SU EX COMPAÑERO, INTENTO QUEMARLA VIVA CON GASOLINA EN 1998”, *El País 4 de noviembre de 1999*. “UN HOMBRE MATA A SU EX NOVIA A PUÑALADAS Y LUEGO SE SUICIDA”, *El Mundo 8 de enero del 2000*.

³⁶⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, palabras provenientes del prólogo.

³⁶⁵ Estos Planes de Acción o de Igualdad de Oportunidades forman parte de los “deberes” de los Estados adheridos, o que han ratificado la Conferencia Mundial de Beijing de 1995.

³⁶⁶ Que criticaba la insuficiencia de medios legales para detener la situación de violencia y alegando su poder para promover la legalidad en base al art. 124 de la CE.

entonces en vigor. Cuestión que, el Defensor del Pueblo en un informe de 1998³⁶⁷ viene a definir, añadiendo que, aunque el término (habitualidad) requiere en otros ilícitos penales la previa condena por sentencia para ser apreciada; en cambio, en el art.153 por habitualidad se entiende “toda actuación repetida en el mismo sentido, con o sin condenas previas, dando así a ese término una interpretación criminológica-social y no sólo como concepto jurídico-formal. Esta interpretación para ser aplicada, debería ser contemplada en el propio precepto, ya que al estar ante un artículo del Código Penal no cabe deducir otras consecuencias que las que expresamente consten en dicho texto legal. Cada hecho aislado es considerado una falta y sólo la repetición de estos comportamientos transforman la acción en delito, lo cual no deja de suscitar problemas, además de las dificultades probatorias que encierra”. Destacar también la Instrucción 2/1998, de 8 de junio, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre adopción de medidas relativas a la Prevención, Investigación y Tratamiento de la violencia contra la mujer y asistencia a la misma, en la que se resaltan los principios rectores establecidos en la CE: libertad e igualdad, y una serie de derechos y libertades públicas, junto con las garantías necesarias para la protección del ejercicio de los mismos.

Además de esta amalgama de sugerencias, la Asociación *Jueces para la Democracia* entiende que debería modificarse el código penal, para derogar el art. 620.1 CP³⁶⁸, que preveía como faltas las amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos, alegando que en estos casos deberían enjuiciarse los hechos siempre como delito. Comienzan las propuestas que verán su materialización años más tarde.

El 24 de enero de 1996 se crea el Centro de la Mujer 24 horas, que depende de la Dirección General de la Mujer, dentro de la Comunidad de Madrid.

Se aprueba un Anteproyecto de LO de Septiembre de 1998, de modificación del código penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la LECr.

Se aprueba la Ley 35/1995, de 11 de Diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos violentos y contra la libertad sexual

³⁶⁷ Informe del Defensor del Pueblo, “La violencia Doméstica contra las mujeres”, Madrid, 1998. p.22.

³⁶⁸ **Art. 620.1 cp:** “Serán castigados con la pena de multa de 10 a 20 días: los que de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.”...

Se establece el Real Decreto 79/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las Víctimas de Delitos violentos y contra la libertad sexual. También la Circular 2/1998 de Ayudas Públicas a las Víctimas de Delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual.

Se reforma del código civil en materia de separación y divorcio presentada por el GPP BOCD 122/000208: Proposición de ley de Reforma del código Civil en materia de procesos de separación y divorcio cuando se aleguen malos tratos entre cónyuges, (art 86 y 103 cc). Propuesta que fue aceptada por el Pleno del Congreso en Febrero de 1999.

Además, a nivel europeo sigue aumentando la normativa aplicable, a través de la Resolución del Parlamento Europeo A4-0250/97: Campaña Europea sobre Tolerancia Cero ante la violencia contra las mujeres, y la Declaración del año 1999 como el Año Europeo de lucha contra la Violencia de Género.

4.2. Las leyes orgánicas que materializan la reforma

4.2.1. LO 11/1999 de 30 de abril de modificación del título VIII libro II del código penal

Las novedades más importantes llevadas a cabo por esta reforma se resumen, para la materia que ahora tratamos, en los artículos 4, 5 y 6 respectivamente de dicha Ley Orgánica.

El artículo 4 introduce el art. 57 del Código Penal estableciendo una nueva pena accesoria, la *prohibición de comunicación y aproximación a la víctima y a su familia*³⁶⁹. En esta ocasión la necesidad de imponer o no la medida debe valorarla el juez en cada caso, por tanto es potestativa de él, pero a partir de 2004, esta medida pasará a ser obligatoria en los casos de violencia.

³⁶⁹ **art. 57 CP:** “Los Jueces y Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo se aproxime a la víctima o se comunique con ella o con su familia, vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años”, que lleva a incorporar el art. 544 de la LECr: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y **cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima**, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma...”.

En el artículo 5, se añade la anterior medida a los artículos 83.1 y 105.1 respectivamente del Código Penal, como una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional, y como medida de seguridad respectivamente.

Y por último, en su art. 6 se produce un cambio para el Libro II del código penal, en concreto, en el art. 617.2 donde añade a la falta de maltrato de obra, la prohibición de que el reo se aproxime o se comunique con el ofendido o con su familia:

| Art. 617 de 1995 | Art. 617 de LO 11/1999 |
|---|--|
| <p><i>”El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.</i></p> <p><i>Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses”</i></p> | <p><i>“El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.</i></p> <p><i>Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. Asimismo, los Jueces o Tribunales podrán acordar en sus sentencias, a petición de la víctima, la prohibición de que el reo se aproxime al ofendido o se comunique con el o con su familia así como la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que se hubiere cometido la falta o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia si fueren distintos por tiempo de tres meses a un año”.</i></p> |

Esta falta de maltrato de obra, incorpora en el tipo unas medidas cautelares dejadas al arbitrio del Juez y, que se contradicen directamente con lo establecido en el art. 544 LECr, en el que se estima claramente que éstas sólo podrán acordarse en los delitos del art. 57, sin mencionar por tanto su aplicabilidad en las faltas.

4.2.2. LO 14/1999 de 9 de junio de modificación del CP de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr

Esta Ley va a tocar de lleno el artículo clave, el art. 153 CP que, aunque sigue ubicado sistemáticamente dentro del Título III, dedicado a las lesiones, se hace eco al fin de las críticas y peticiones doctrinales y jurisprudenciales mencionadas al inicio de estas páginas, en cuanto a la introducción como parte del tipo, de la violencia no sólo física sino también psíquica. Es la nota más característica de la misma. Con un análisis comparativo del tipo antes y después de la reforma, veremos de manera más clara los retoques y el impacto en su redacción:

| Código penal de 1995 | Reforma por LO 14/1999 de 9 de junio |
|--|--|
| <p><i>ART 153: El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria, tutela, curatela, o guarda de hecho de uno y otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.</i></p> | <p><i>ART 153: El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.</i></p> <p><i>Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.</i></p> |

A nuestro juicio las novedades más importantes a resaltar de esta nueva mejora legal serían:

En cuanto a la *acción* y al *bien jurídicamente protegido*, como se venía denunciando se materializa el cambio esperado desde 1989, al introducir al fin la violencia psíquica: “*violencia física o psíquica, sea o haya sido su cónyuge*”. Tras largos debates doctrinales para tratar de incorporar la violencia psíquica a los malos tratos habituales del código penal, al fin se consigue tipificar en el 153 durante esta nueva revisión legislativa. El propio Pleno del CGPJ, en un informe de 21 de octubre de 1998, ya reclamaba su incorporación al código, puesto que debido a la información arrojada por los numerosos estudios sobre la materia, era demostrable que las agresiones en el ámbito familiar se traducían generalmente en malos tratos psicológicos “cuya intensidad alcanza en ocasiones, índices de gravedad notables, superiores incluso, a los que resultaban del empleo de violencia física”. Es un hecho que la mayoría de las agresiones comienzan siendo psicológicas: “no vales para nada”, “a ti nadie te aguanta, sólo yo” o, “yo iré a la cárcel, pero cuando salga tu estarás muerta”. En realidad el ejercicio de violencia psíquica ya venía reclamándose a nivel internacional desde Europa sobre todo. El Consejo de Europa venía trabajando en aras a lograr la igualdad, de ello dan cuenta las numerosas Conferencias Ministeriales de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así son de destacar las cuatro primeras: Primera conferencia, Estrasburgo 1986 sobre Políticas y estrategias para alcanzar al igualdad en la vida política y en los procesos de decisión. Segunda Conferencia, Viena 1989 sobre Políticas para acelerar la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres. Tercera Conferencia, Roma 1993 sobre Políticas para combatir la violencia contra las mujeres. Cuarta Conferencia, Estambul 1997 referida a La igualdad entre mujeres y hombres, como criterio fundamental de la democracia³⁷⁰, o también las ya mencionadas de la ONU.

El desgaste psicológico constituye en muchas ocasiones el comportamiento previo a la violencia física, puesto que cuando su personalidad se ha reducido a la de cosa, la mujer está vulnerada y aceptará los golpes con naturalidad, resultando una especie de marioneta a merced de su maltratador.

³⁷⁰ Más información disponible en la página del Ministerio de Igualdad, http://www.migualdad.es/ss/Satellite?cid=1193049886379&language=cas_ES&pagename=MinisterioIgualdad%2FPage%2FMIGU_contenidoFinal#Consejo

Al fin y al cabo, la violencia psíquica se incluye en el tipo como “alternativa y acumulada a la física³⁷¹”. Ambas violencias, tanto las físicas como las psíquicas deben ser actos de acometimiento, pero “no toda expresión verbal constituye una violencia psíquica, sino sólo la que, de manera más o menos relevante, incide directamente sobre la psiquis del afectad, poniendo directamente en peligro la salud mental³⁷²”. Habría que cuestionarse si, el ejercicio continuado y habitual de la violencia física, conlleva más violencia psíquica, y que al incorporarla a la conducta típica, está modificando el propio contenido del objeto sujeto a protección, debate que tendrá lugar en sede de bien jurídico en el capítulo siguiente.

El delito del art. 173 CP³⁷³, a raíz de la introducción de la violencia psíquica en el art. 153 será el que de ahora en adelante comenzará a tener más fuerza en la doctrina y la jurisprudencia. Su importancia será la clave en una de las reformas de 2003 que un poco más adelante veremos en función del bien jurídico, más relacionado con el trato inhumano y degradante que al mismo tiempo se relaciona mejor con otra de las novedades importantes del 99 como es la introducción de definición típica de la habitualidad por primera vez en la historia del delito.

Con la introducción de la LO 14/1999 la perseguibilidad de oficio se hace extensible a las faltas de violencia, (como amenazas, coacciones o vejaciones leves), con exclusión de injurias livianas que siguen sometidas al requisito de previa denuncia por parte de la ofendida³⁷⁴. Más adelante analizaremos si esa perseguibilidad de oficio infantiliza e incapacita o no a las mujeres, negándoles la capacidad de decidir acudir a denunciar o no acudir.

³⁷¹ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*. Tirnt Lo Blanch, Valencia, 2002, P. 120

³⁷² GARCÍA ÁLVAREZ, P.; y DEL CARPIO DELGADO, J; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar (LO 14/1999, de 9 de Junio)*. Problemas fundamentales. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 32.

³⁷³ Art. 173 CP- 1999: “*El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*”

³⁷⁴ Del mismo modo se modifica el art. 104 LECr para eliminar esa exigencia de denuncia previa que acaba por confirmar el carácter público de esta falta.

También es importante resaltar que la Exposición de motivos de la ley también resalta un aspecto fundamental en la LECr y es su art. 104³⁷⁵ en el que se establecía con anterioridad a 1999 que *en las faltas consistentes en malos tratos inferidos por los maridos a sus mujeres, en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquellos, etc., sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes*, que se reforma según la propia Exposición de motivos para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, al tiempo que se elimina la obsoleta referencia que se contiene en dicho precepto a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos.

La persecución de oficio de las faltas que se recoge en el art. 620 cp: *los hechos son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal*, eliminando así esta condición objetiva de procedibilidad exigida hasta entonces. Con la eliminación de este requisito quizá disminuya la cifra negra de denuncias ya que hasta entonces tan sólo hemos conocido la punta del iceberg y, la mayoría de los casos siguen ocultos en la privacidad de los hogares. El estado en el que una mujer afronta este problema hace que aún habiendo denunciado, el arrepentimiento aflore más tarde retirando la denuncia interpuesta.

| Art. 620 CP-1995 último párrafo | Art. 620 LO 14/1999 último párrafo |
|---|--|
| <p><i>Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:</i></p> <p><i>1º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.</i></p> <p><i>2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.</i></p> <p><i>Los hechos descritos en el artículo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.</i></p> | <p><i>Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:</i></p> <p><i>1º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.</i></p> <p><i>2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.</i></p> <p><i>Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.</i></p> <p><i>Cuando el ofendido fuere alguna de las</i></p> |

³⁷⁵ Se manifiesta al respecto FARALDO CABANA, P.; “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género” en *Revista Penal* núm. 17, enero 2006, p. 83.

| | |
|--|--|
| | <p><i>personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»</i></p> |
|--|--|

En cuanto a las faltas, vimos como la anterior reforma de 1999 (en abril) había modificado el art. 617 relativo al maltrato de obra, en esta vuelve a retocarse (en junio), enfrentando a los jueces con problemas de retroactividad penal, pues dos normas que entran en vigor en tan poco tiempo, producen gran confusión en su aplicación. En un cuadro observaremos más fácilmente la evolución:

| LO 11/ 1999 de 30 de abril | LO 14/1999 de 9 de junio |
|---|---|
| <p>Art. 617.2: <i>Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. Así mismo los Jueces y Tribunales podrán acordar en sus sentencias, a petición de la víctima, la prohibición de que el reo se aproxime al ofendido o se comunique con él o con su familia, así como la prohibición de que el reo vuelva al lugar en el que se hubiere cometido la falta o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia si fueren distintos por tiempo de tres meses a un año.</i></p> | <p>Art. 617.2 último párrafo: <i>Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.</i></p> |

Se deroga una de las novedades introducidas (en el art. 617) por la anterior reforma, en cuanto a la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima, que ahora se establece en el art. 57 CP a modo de disposición común aplicable a ambas faltas, la del

617 CP y 620 CP añadiendo además a *otras personas que determine el juez o tribunal*. Y se agrega un comentario respecto a la conveniencia político criminal de la pena de multa, ya que, como argüimos, su aplicación venía causando un perjuicio económico a las propias víctimas. Recordemos que la mayoría de las Capitulaciones matrimoniales en España se rigen por el régimen económico de Gananciales (excepto en Cataluña), por lo que se estableció que era un inconveniente castigar al acusado con multa, puesto que indirectamente la mujer era la perjudicada. Si a este respecto sumamos que hasta 1999 el delito quedó casi inaplicado, por su dificultad probatoria, la mayoría de las sentencias condenatorias acabaron con multa, sin valorar el perjuicio económico que esto conllevaba en la casa.

Concluimos con los que, a nuestro juicio son los cambios más importantes que acontecen tras las reformas de 1999:

- Se incorpora la violencia psíquica a la conducta típica del delito de malos tratos (art. 153).
- Se introduce una definición legal del concepto de habitualidad: en el art 153.2 del nuevo precepto tras 1999, en el que la norma atiende a criterio criminalístico, no jurídico, donde no hace falta que los hechos violentos hayan sido objeto de sanción penal anteriormente, ni se siguen los parámetros que por aplicación analógica del art. 94 procederían, como es la necesidad de tres comportamientos violentos en un periodo igual o menor a cinco años.

A juicio de parte de la doctrina las reformas que tienen lugar en 1999 son positivas pues no sólo se produjo la introducción de la violencia psíquica, sino también la habitualidad comenzó a ser entendida en sentido amplio, además de la no necesidad de convivencia dando por todo ello una valoración positiva a esta reforma³⁷⁶. Y en el mismo sentido la redacción de varios tipos penales, tanto en las faltas (distinguiendo una falta agravada de malos tratos diferenciado de la falta de lesiones) como en los delitos (el 153 para castigar la habitualidad diferenciado del de lesiones) por lo que

³⁷⁶ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1522-1523.

también esto se estimaba necesario³⁷⁷. Sin embargo, poco sería el tiempo de aplicación de esta norma pues el legislador tres años más tarde se apresuraría a una nueva reforma que a nuestro modo de ver vendría a empeorar el panorama legislativo en la materia, produciéndose un fenómeno definido por BAUMAN como “modernidad líquida”, y es así como “encontramos una nota esencial de la legislación penal contemporánea: cambiante y, además a un ritmo vertiginoso³⁷⁸”.

5. LAS REFORMAS DE 2003

5.1. Los informes de Amnistía Internacional

A pesar de todas las reformas llevadas a cabo en nuestro país, en un periodo de diez años (1989-1999), para intentar regular de una manera eficaz la materia, a nivel internacional, organismos como Amnistía Internacional, principal promotor de la igualdad de género y de la eliminación de todo tipo de violencia, criticó la labor del legislador español a través de dos Informes que así lo expresaban:

- Informe de Noviembre 2002: “No hay excusa. Violencia de género en el ámbito familiar y protección de los Derechos Humanos de las Mujeres en España. En él se hace un repaso por las medidas legislativas adoptadas por el Gobierno español y su conformidad con las Recomendaciones adoptadas en cumbres tan importantes como la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Se alega que *la vulneración de la obligación de los Estados de actuar con la debida diligencia puede revestir tres formas distintas de inacción:*

- 1. No arbitrar leyes contra la violencia de género en el hogar. Es decir, no actuar en el plano legislativo a través de sanciones, mecanismos de protección y de reparación.*
- 2. No desarrollar mecanismos para el cumplimiento efectivo de las leyes.*

³⁷⁷ ALASTUEY DOBÓN, M. C.; “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 58.

³⁷⁸ SERRANO GÓMEZ, A.; “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del código penal”, en *Revista penal de Ciencia penal y Criminología*, núm. 12, 2010, p. 3

3. *No evaluar la efectividad de esas medidas para lograr el resultado que se pretende*³⁷⁹.

España firmó y ratificó en 1984 la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979, sin embargo una de las conclusiones de dicho Informe fue incorporar al cuerpo jurídico español lo acordado en dicha Convención, casi diez años después, el Gobierno no había cumplido con lo establecido. Hubo un intento de Ley Integral contra la Violencia de Género el 10 de Septiembre de 2002, que fue presentada por el Grupo Parlamentario socialista pero que fue rechazada por el Gobierno de la época. Y también es cierto que desde 1985 existen las Casas de Acogida en España, si bien no las suficientes como para dar cobertura a la amplia demanda de estos servicios. Por todo ello Amnistía Internacional, hace un llamamiento para que esta situación de desventaja de los Derechos Humanos de las mujeres en comparación con los del hombre, cese y sea proclamado su respeto ante la Comunidad Internacional.

- *Informe de 6 de marzo de 2003: con el nombre de Protección efectiva YA*, en él se vuelve a destacar el papel de las Convenciones Internacionales como pudo ser la Plataforma de Acción de la Conferencia de Pekín de 1995 que “instó a los Estados a dar el máximo protagonismo a las Asociaciones de Mujeres a la hora de planificar acciones para erradicar la Violencia de Género”. Amnistía Internacional, critica no tanto la falta de disposiciones legales, como su falta de aplicación sistemática, y la relaciona con el clima de “impunidad social” existente en el ámbito en el que se producen; destaca, además, que esta impunidad reviste especial gravedad en la falta de diligencia en la investigación de las denuncias. Así, basándose en datos de la Asociación de Juristas Themis, asegura que “existe una tendencia a minimizar las agresiones, que hace que un gran número de jueces reduzcan a juicio de faltas lo que fue incoado como delito, ya que no suelen apreciar la habitualidad de las agresiones”³⁸⁰.

Concienciados, en el ámbito nacional del problema práctico que suponía la aplicación del precepto tipificado como violencia en el ámbito familiar, éste también

³⁷⁹ Informe: *No hay excusa...*, que según Amnistía Internacional, está dentro de la obligación de “la Diligencia debida que deben adoptar los Estados frente a la violencia de género en el ámbito familiar.”

³⁸⁰ Dichos informes pueden ser consultados en la página oficial de esta ONG, www.es.amnesty.org/esp/docs_esp.shtm.

llama la atención de observadores internacionales puesto que la ley necesita adecuarse al ámbito de aplicación y que por lo tanto no sólo disponga una redacción bonita imposible de aplicar. Con lo que este informe concluye considerando *que las reformas emprendidas por el Gobierno, en sustancia, no se adecuan a las normas internacionales y reflejan una escasa voluntad política a favor de la protección de los Derechos Humanos de las mujeres (españolas y extranjeras) frente a la violencia de género y con la erradicación de esta violación de los derechos humanos.*

Además de los informes de Amnistía Internacional, a nivel Europeo sigue la campaña de concienciación, así por ejemplo se pone en marcha en el 2001 el Programa de Acción Comunitario sobre la Igualdad entre las Mujeres y los Hombres (2001-2005). También el Programa Daphne (2000-2003) que tiene su continuación en los programas posteriores Daphne II y III, que son Programas de Acción comunitaria para Prevenir y Combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo.

En la Recomendación N.º R. (2002) 5 del comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección de las mujeres contra la violencia, se recomienda a los Gobiernos de los Estados Miembros: que revisen su legislación y sus políticas para garantizar a las mujeres el reconocimiento y disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales, que reconozcan la obligación de los Estados de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia, ya sean estos perpetrados por el Estado o por particulares, que reconozcan que la violencia masculina contra la mujer es un grave problema estructural y social, basado en el desequilibrio de poder en las relaciones entre hombres y mujeres, que alienten a todas las Instituciones relevantes que se ocupen de la violencia contra la mujer (policía, profesionales médicos y sociales) a que diseñen planes de acción, a medio y largo plazo, que aporten actuaciones para la prevención de la violencia y la protección de las víctimas, que promuevan la investigación, la recopilación de datos y el establecimiento de redes a nivel nacional e internacional, y sobre todo, que adopten e implanten las medidas descritas en el anexo de esta Recomendación; dentro del anexo, una de las medidas adicionales con respecto a la violencia dentro de la familia es que los Estados miembros “deberían clasificar todas las formas de violencia dentro de la familia como delito penal y revisar y/o endurecer las penas, donde proceda, por asalto y agresión

premeditados cometidos dentro de la familia, sea cual fuera el miembro afectado de la familia”.

5.2. Las leyes orgánicas que materializan la reforma en 2003

Además de todos los avisos de la mencionada ONG para poner nuestra legislación al día, contamos con una serie de acontecimientos internos que van exigiendo coherencia con los cambios sociales que van produciéndose, como por ejemplo la aprobación de otro Plan de Acción, se trata del II Plan de Acción de 2000-2004, que prevé también, como su antecesor de 1998 algunos cambios a nivel legislativo. En el año 2002 se crea el Observatorio sobre la Violencia Doméstica³⁸¹ hasta la fecha, los datos que ofrecía el Ministerio de Interior comprendían: delitos y faltas de malos tratos en el ámbito familiar y lesiones, así como las faltas de malos tratos de obra sin lesión, y a partir de 2002 también se incluyen otros tipos de lesiones y faltas, como los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, las calumnias, las amenazas y los delitos de homicidio y asesinato. También hay que añadir la Ley de Juicios rápidos, Ley 38/2002 de 24 de Octubre, la cual reforma parcialmente la LECr, consigue acelerar los juicios de faltas (reducir su enjuiciamiento a 24 horas) y hace lo propio con el enjuiciamiento de delitos, cuyo plazo estima en 15 días.

Muchas son las reformas que en el año 2003 se acometen en este terreno, tres reformas en concreto, que retocan el tipo del injusto, lo que para gran parte de la doctrina va a resultar positivo, pues llevaban reclamando desde hacía tiempo la necesidad de los cambios, pero que sin embargo para los jueces se traduce en una amalgama normativa difícil de aplicar sin caer en la irretroactividad. Desde principios de los años 90, las Asociaciones de mujeres venían reclamando del Gobierno una Ley integral que agilizara los trámites y ofreciera mayor protección a la víctima de este tipo de delitos. La Orden de Protección que nos disponemos a analizar puede ser una primera respuesta institucional al problema.

³⁸¹ El Observatorio sobre Violencia Doméstica tiene como objetivo fundamental el seguimiento, desde un permanente y actualizado conocimiento estadístico, de los procesos judiciales iniciados por malos tratos y las sentencias dictadas por los tribunales, con el fin de contribuir con la realización de actuaciones concretas, incluidas las sugerencias legislativas, a erradicar esta lacra social.

5.2.1. LO 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

Como la misma ley indica en su Exposición de Motivos, se *pretende a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción, que la víctima pueda obtener un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal*. Hasta entonces fue la ley que más se pareció a un intento de regular integralmente el problema de las víctimas de violencia doméstica. De esta forma se evita que se produzcan juicios paralelos en lo civil y lo penal para una misma causa. Por tanto, aunó los juicios (civil y penal) para favorecer una protección inmediata tanto individual, como social y jurídica. A través de unos formularios que se podrán conseguir, bien a través de la red (internet)³⁸² o en cualquier Comisaría de Policía, o en cualquier Juzgado de Guardia, que están operativos las 24 horas del día, las mujeres se presentan con el mismo, dando cuenta de las agresiones e identificando al agresor. Tanto la autoridad que recibe a la víctima como la propia víctima, deben presentar la solicitud de inmediato ante el juzgado de guardia, y en un periodo no superior a 24 horas el juez tiene la obligación de llamar a declarar a la víctima, al agresor y al Ministerio Fiscal. Tras estas declaraciones se deben tomar las medidas correspondientes en materia penal, civil y social, favoreciendo un estado social y jurídico de protección integral de carácter urgente.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal ampara la orden de protección siempre que se de una doble decisión discrecional por parte del juez; Primero valorar si hay una situación objetiva de peligro y, segundo, existiendo esta situación objetiva de peligro, valorar si se concede o no la Orden de Protección³⁸³, siendo por tanto la clave en la toma de esta medida que el juez entre a valorar la situación de riesgo objetivo de esa

³⁸² www.guardiacivil.org donde pueden encontrarse los formularios correspondientes.

³⁸³ **art. 544 de la LECr**, en sus apartados 1. *El juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal resulte una **situación objetiva de riesgo para la víctima** que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo. Y en el apartado 6. Las **medidas cautelares de carácter penal** podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. **Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.***

mujer a ser maltratada³⁸⁴. De todo ello, el precedente inmediato fue la LO 38/2002 de 24 de octubre, por la que se regula el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, más conocida como la Ley de Juicios Rápidos. Estos juicios rápidos fueron los que dieron la idea de esta diligencia que necesitan las víctimas en estos casos, pues está más que demostrado que son sus vidas las que están seriamente en peligro. La Orden de Protección solicitada tarda en abrir un proceso penal de 1 a 3 meses. Habrá reformas posteriores que incidirán en estos juicios rápidos, como veremos, la LO 15/2003 de 25 de noviembre y la LO 1/2004 de 28 de diciembre.

Medidas que el juez de guardia puede tomar para proteger a la víctima (art. 544 LECr):

- las medidas de tipo penal: como la prisión provisional, en caso de que se piense que el agresor puede escapar antes del juicio, o medidas cautelares que comenzaron a tener fuerza, como ya vimos tras las reformas de 1999, como las medidas de alejamiento, o la de prohibición de acudir a determinados lugares y así impedir que el agresor siga amenazando, maltratando o simplemente intimidando a la víctima, puesto que éste al saberse denunciado puede incrementar su ira (por tanto, el trato violento), en contra de su víctima. La aprobación de este tipo de medidas crea unas disfunciones³⁸⁵ graves de lo civil y de lo penal, por ello es necesaria la creación de los JUZGADOS ESPECIALIZADOS en violencia doméstica y así evitar que surjan juicios paralelos en ambas áreas, realidad que no se concreta hasta 2004 como veremos más adelante.
- Medidas de tipo civil: que puede adoptar el juez tras recibir la Orden, que pueden tratar sobre cuestiones tan importantes como: custodia de los niños, procesos de divorcio, suspensión del régimen de visitas, atribución del uso y disfrute de la vivienda común (tratar de separar a la víctima de su agresor, que cese la convivencia, pues es dentro de esa privacidad donde se suelen dar el mayor número

³⁸⁴ COBO PLANA, J. A.; “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN., M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 360, en la que afirma que “el riesgo de nuevos actos violentos se sitúa como elemento susceptible de valoración especial y clave para tomar decisiones urgentes”.

³⁸⁵ disfunciones en cuanto a las medidas adoptadas de tipo penal y civil, puesto que por una parte, como medida penal se puede estar imponiendo una Orden de alejamiento al hombre sobre la mujer, y por otra en lo civil, una custodia compartida de los hijos, que fuerce a romper ese alejamiento penal acordado cuando los padres tengan que acudir al intercambio para que cada uno cumpla un periodo de estancia impuesto por el propio juez.

de violaciones de sus derechos). Estas primeras medidas que el Juez de guardia toma debe remitirlas a un Juzgado de primera instancia para su aprobación o cesación, puesto que éste lo que tiene es tan sólo una competencia provisional para que la actuación sea rápida, que es lo que se pretende.

- Protección social: que “se dispensará a través de las instituciones públicas, autonómicas o locales a las que el juez deberá notificar la orden de protección que dicte, a fin de que presten a la víctima los servicios asistenciales que precise de naturaleza social, psicológica y económica³⁸⁶”: “Esta Orden de Protección activará de forma inmediata otra de las solicitudes que durante años hemos hecho las Asociaciones de Mujeres, como es el Derecho a obtener la renta activa de inserción, que será gestionada por el INEM de trescientos euros al mes durante diez meses; y entrará a formar parte de un proceso de cursos de formación para su inserción laboral³⁸⁷”. En este último aspecto se gestionará de forma inmediata sobre el derecho a obtener la denominada renta activa de inserción del régimen público de la Seguridad Social.

Todas las Órdenes dictadas pasarán a constar a un Registro Central de medidas contra la violencia doméstica, Registro del que sentó precedente la FGE en su Circular 1/1998 de 24 de octubre, cuando en ella expresaba la no necesidad de una Fiscalía especializada en violencia familiar, pero establecía como conveniente que el Fiscal Jefe designara un Fiscal especialmente encargado de la coordinación de las causas de violencia familiar, que se hiciera cargo de “un Registro -informático o convencional, según la disponibilidad de medios en cada Fiscalía- de las causas que se sigan por estos hechos. Dicho Registro se alimentará con los datos de interés que se extraigan de las incoaciones de procedimientos -penales y civiles- por hechos de esta naturaleza (sujeto activo, pasivo, fecha de la agresión, número de procedimiento y Juzgado, etc.)”.

³⁸⁶ DE PEÑAFORT, R., *Una Juez frente al maltrato*, Primera Edición, Debate, Barcelona, 2005, p. 107.

³⁸⁷ QUINTANILLA BARBA, C., “Análisis sociológico de la violencia doméstica. De un problema individual a un problema social, la Violencia Doméstica como un problema estructural” en *Congreso de Violencia Doméstica. Observatorio sobre la Violencia Doméstica, 12 y 13 de Junio de 2003* CGPJ, Madrid 2004. p. 201.

A nivel procesal todas estas reformas en torno a la Orden de Protección se plasman en el artículo 544 bis de la LECr³⁸⁸, en el que se engloba un paquete de medidas cautelares que servirían para dar la cobertura necesaria de protección real y efectiva de las víctimas de que se trata. Sin embargo, para RAMOS MÉNDEZ, “el carácter abiertamente represivo que rezuma la legislación choca con la finalidad constitucional de las medidas cautelares en materia penal³⁸⁹”. Se alega que el legislador ha creado un estereotipo del agresor antes de ser juzgado por un juez, lo cual contradice el principio básico de presunción de inocencia, y hace que el juez ya tenga una imagen estereotipada del reo que no le permite ejercer su función desde la independencia exigida de su cargo³⁹⁰. Afirmación que viene a reafirmar las estrategias actuariales de control que ya pudiéramos de manifiesto en la última parte del capítulo primero de este trabajo³⁹¹.

El mayor peligro de todas estas en principio, ventajas que ofrece la Orden de Protección a las mujeres, reside en una valoración del riesgo de la mujer que deberá estimar el Juez en cada caso concreto, de concederle o no la Orden de Protección, pues en el inconsciente de algunos está la idea de que muchas mujeres, alegando malos tratos pueden hacer un uso abusivo de las mismas para conseguir por ejemplo, de forma rápida y segura, la custodia de los hijos, en base a una denuncia falsa³⁹². Es importante la formación de los jueces en esta materia debido a las características propias de esta violencia para poder valorar el riesgo real que padece cada mujer en situación de violencia. Sin la debida independencia de los jueces, (en los cuales ya está el estereotipo del agresor señalado con anterioridad), se puede estar encarcelando a inocentes, sólo por cubrir lo socialmente demandado³⁹³. Dejando de lado su posible uso abusivo por parte

³⁸⁸ **Art. 544 bis LECr**: “En los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, ... imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar... la prohibición de acudir a determinados lugares...”.

³⁸⁹ RAMOS MÉNDEZ, F.; *Enjuiciamiento Criminal*, 7ª Lectura Constitucional, Atelier, Barcelona, 2004. p.271.

³⁹⁰ *Ibidem*.

³⁹¹ Ver capítulo I, epígrafe VI.

³⁹² Críticamente sobre las denuncias falsas en los Juzgados de violencia contra la mujer, El País, 20 de noviembre de 2008, “Denuncias falsas y violencia de género”, se critica que se lanzan bulos y se elevan a la categoría de verdad absoluta “mientras la realidad es que su número es tan irrisorio que ni merecen ser nombradas”.

³⁹³ Nos llama la atención los datos arrojados en una nota de prensa aparecida en El País el día 4 de Noviembre de 2008 “Los juzgados de la mujer dictan más penas por agresión” en la que se asegura que

de algunas mujeres, la Orden de protección ha resultado un instrumento positivo para empezar de forma más o menos integral la lucha contra la violencia en los hogares. Es lo que ha mantenido recientemente un agrio enfrentamiento entre un juez de Sevilla que afirma que muchas mujeres abusan de estas medidas, con la vocal del CGPJ, MONTALBÁN HUERTAS que ha criticado las declaraciones de este juez porque hacen mucho daño a la imagen de las mujeres dando una idea de desconfianza respecto de las mujeres que acuden a los juzgados cuando en realidad las denuncias falsas son excepcionales³⁹⁴. De nuevo vemos la conexión de la influencia de los medios de comunicación, la opinión pública y las estadísticas puestas de manifiesto en el capítulo I de este trabajo.

Según datos del Observatorio para la Violencia, en 2004 se adoptaron un total de 28.631 órdenes de protección, la mayoría de ellas –26.020– a instancias de las propias víctimas. En cambio, fueron denegadas 7.779, de las que 7.357 también lo fueron a petición de los denunciadores, y sólo 105 a instancias del fiscal y 39 fueron acordadas de oficio. En cuanto a las medidas cautelares, los jueces decretaron un total de 61.273 de naturaleza penal. En más de la mitad de los casos, 30.494 fueron medidas de alejamiento de los denunciados respecto a las víctimas. Las medidas de prohibición de comunicación entre ambos ascendieron a 18.507, mientras que las privativas de libertad fueron 2.053. Otro dato especialmente relevante de la citada estadística judicial es el que hace referencia a las personas que fueron enjuiciadas el pasado año por violencia doméstica y el porcentaje de sentencias condenatorias y absolutorias³⁹⁵. Según los datos ofrecidos por el CGPJ interpreta COMAS D'ARGEMIR que “desde el 2-8-2003 al 30-9-2004, revelan que las 26.997 órdenes de protección otorgadas judicialmente, en un 95,7% de ellas corresponden a víctimas mujeres.

“un acusado de agresión machista procesado en un juzgado de lo penal ordinario tiene el doble de posibilidades de salir absuelto que si su caso se ve en un juzgado especializado en violencia contra la mujer. En estos últimos, el 79% de las sentencias dictadas han sido condenatorias, mientras que en los juzgados ordinarios lo son el 56%.”

³⁹⁴ Para seguir la polémica de este juez que habla de la dictadura del Feminismo radical, consultar El País, 29 de diciembre de 2009 “El juez Serrano liga los suicidios entre hombres con las rupturas. Es muy triste que un niño se tenga que ver sin padre y sin madre y también se tenga que matar el padre después porque se suicide, afirma”.

³⁹⁵ Estadística recabada del Observatorio para la violencia de la que se hace eco el consejo General de la Abogacía Española, en <http://www2.cgae.es/es/contenidos/contenido.asp?iddoc=9291>.

Estos datos demuestran que el problema real que afecta a la sociedad española es el de la violencia sobre la mujer. Este es el auténtico problema social³⁹⁶”. Por eso, para valorar y calibrar el riesgo de las mujeres, también es de provecho acudir a datos que faciliten su identificación. Según palabras del Delegado del Gobierno contra la Violencia de género, LORENTE ACOSTA, cada vez hay más mujeres que mueren a manos de sus ex-parejas y no de las actuales³⁹⁷, por lo que el riesgo es más fuerte cuando hay una separación de por medio patrocinada por la mujer. En el año 2008, el porcentaje de ex-parejas que acabaron con la vida de sus mujeres fue del 41%, y en el 2009 es del 57,7%. Además hasta el verano de 2009 “el 11,5% habría renunciado a la orden de protección mientras que a mediados del 2008 ninguna lo había hecho³⁹⁸. En 2009 “lo que no ha cambiado mucho es el elevado porcentaje de mujeres asesinadas que no habían denunciado nunca al que acabó matándolas. Sólo 14 de las 55 -apenas una de cada cuatro- habían puesto en marcha los mecanismos de ayuda del Estado para protegerlas. La ministra Aído hizo hincapié en la necesidad de que las mujeres no minimicen el riesgo que corren para poder ser protegidas³⁹⁹”.

Para poder hacernos una idea clara del contenido de la Orden de Protección y de su tratamiento jurídico y procesal en los Juzgados, valoremos el siguiente esquema⁴⁰⁰:

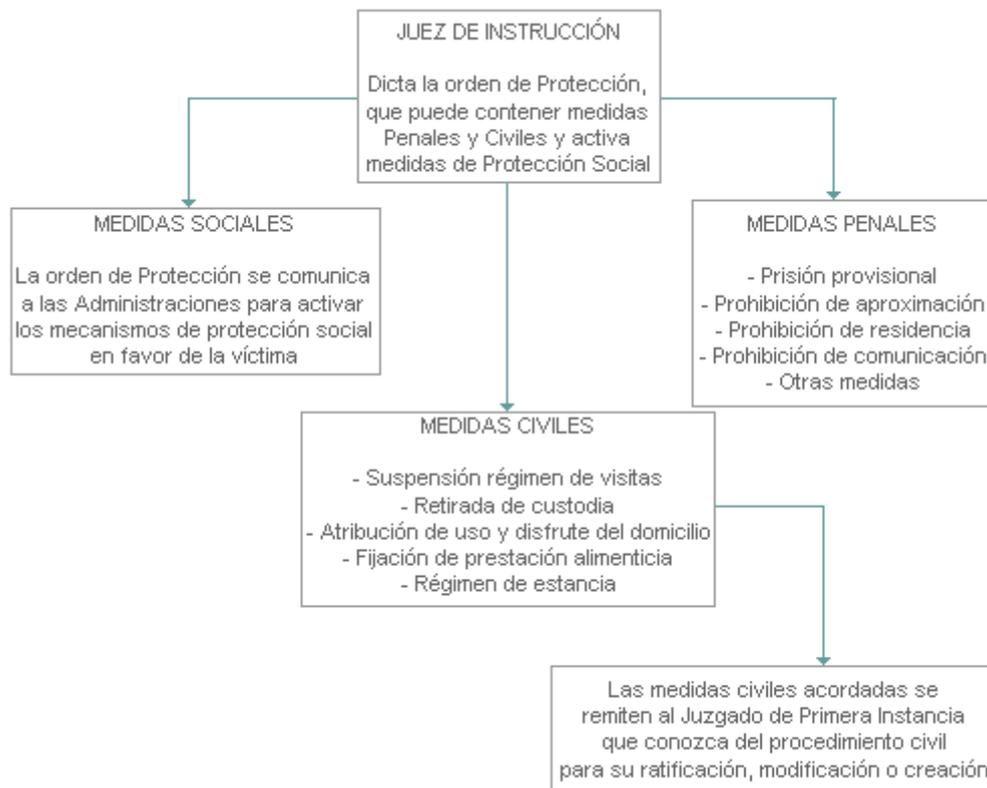
³⁹⁶ COMAS d'ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 37.

³⁹⁷ El País, 5 de agosto de 2009, “Las mujeres bajan la guardia ante el maltratador”.

³⁹⁸ El País, 5 de agosto de 2009, “Las mujeres bajan la guardia ante el maltratador”.

³⁹⁹ El País, 13 de enero de 2010, “El 75% de las víctimas de muertes machistas no había denunciado. El año pasado hubo 21 asesinadas menos que en 2008”.

⁴⁰⁰ Esquema que facilita la comprensión de lo que es una Orden de protección según el Ministerio de Justicia, que puede ser consultada en: <http://www.mjusticia.es>.



Con la finalidad de completar las medidas llevadas a cabo en 2003, tras la promulgación de la Orden de protección, se llevaron a cabo reformas, por ejemplo en relación a la institución de la prisión provisional, reflejadas en el art. 502. 3 LECr, tras la modificación que llevó a cabo la LO 13/2003, de 24 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional que dispone que: *El juez o tribunal tendrá en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta.*

Además es importante destacar la creación de un registro informático de las medidas de protección interpuestas con ocasión de la comisión de delitos relacionados con la violencia doméstica, creado por LO 15/2003 de 25 de noviembre que introduce una novedad respecto de las medidas cautelares penales y es su anotación en un Registro Central, concretamente se establece en su Disposición Final Primera, apartado tercero *las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación, así como las demás medidas cautelares adoptadas en el curso de los procedimientos penales, se anotarán en un registro central, de ámbito nacional, que existirá en el Ministerio de Justicia.* Para ello consultar también la Instrucción 3/2003 de 9 de abril

del Pleno del CGPJ, sobre normas de reparto y el registro informatizado de medidas de protección por delitos de violencia doméstica, dedicando su apartado sexto a *Los registros informatizados de violencia doméstica*. Registro central que se acaba creando por Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, modificado por el RD 513/2005 de 9 de mayo y por el RD 660/2007 de 25 de mayo ha creado el Registro Central para la Protección de las víctimas de la violencia doméstica.

5.2.2. LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

Si nos situamos en el contexto mundial en el que tiene lugar esta reforma entenderemos el porqué de la mención a la seguridad ciudadana y la violencia doméstica en el mismo título de la ley. Está demostrado que a nivel legislativo, el año 2003 es especialmente prolijo en el Derecho positivo español. Se había aprobado dos meses antes a ésta, la LO 7/2003 de 30 de junio de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que afectó a los delitos de terrorismo. El marco social en que estas reformas se llevan a cabo por tanto responde a la sacudida mundial generada por los atentados terroristas del 11S y el resurgimiento con ello del concepto de seguridad ciudadana. Cuestión que afecta directamente a la materia que aquí se trata porque de alguna manera la violencia doméstica se conoce también con el nombre de terrorismo doméstico, nomenclatura de la que haremos análisis en el último de los capítulos de este trabajo.

Lo cierto es que tras esta reforma se atisban grandes cambios en el código penal. La propia Exposición de motivos de la Ley adelanta que “respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone en todo caso la privación del Derecho y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”.

La más importante sin duda es que el delito que venía recogiendo en el art. 153 del código penal (en la rúbrica de las lesiones), se tipifica ahora en el art. 173 CP,

ubicado en el Título VII “De las Torturas y otros Delitos contra la Integridad Moral”, que queda redactado de la siguiente manera:

| <p><i>Art. 153 antes de la Reforma de 2003 (según la LO 14/1999)</i></p> | <p><i>Art. 173 después de la Reforma (LO 11/2003)</i></p> |
|--|---|
| <p><i>El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.</i></p> <p><i>Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores</i></p> | <p><i>1. El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.</i></p> <p><i>2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.</i></p> <p><i>Se impondrá la pena en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de</i></p> |

| | |
|--|---|
| | <p><i>la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.</i></p> <p><i>3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.</i></p> |
|--|---|

La crítica más frecuente es que la creación de este tipo penal recogido en el art. 173.2 es una figura híbrida que poco tiene que ver con la violencia doméstica, la amalgama de sujetos pasivos provoca un descontrol regulativo importante en torno a la identificación del problema originario objeto de regulación. Se ha desnaturalizado el tipo: se ha expandido el Derecho penal. La cuestión que se plantea parte de la doctrina acerca de la conveniencia Político Criminal de mezclar a familiares y no familiares para darles la misma pena, es que resta especificidad al delito de violencia doméstica⁴⁰¹. Además tal lista de sujetos desborda el ámbito doméstico y el familiar, por lo que en verdad podríamos hablar más bien de violencia quasi-doméstica o quasi-familiar.

Por lo que respecta a lo sucedido con el art. 153 tras esta reforma, no es que se haya dejado vacío de contenido al pasar aquel a formar parte del art. 173 CP, sino que pasa a regular los malos tratos no habituales como novedad de la reforma. Permanece en la rúbrica de las lesiones. En este caso también la exposición de motivos adelanta que “las conductas que son consideradas en el código penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual, se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas”.

⁴⁰¹ LAURENZO COPELLO, P., “Los nuevos delitos de Violencia Doméstica: otra reforma participativa” en *SERTA, In memoriam Alexadri Baratta*, Fernando Pérez Álvarez, (Ed) Salamanca, 2004.

| Art. 617 LO 14/1999 | Art. 153 LO 11/2003 |
|--|---|
| <p>1. <i>El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.</i></p> <p>2. <i>El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.</i></p> <p><i>Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.</i></p> | <p><i>El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.</i></p> |
| Art. 620 LO 14/1999 | |
| <p><i>Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:</i></p> <p>1° <i>Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.</i></p> <p>2° <i>Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.</i></p> <p><i>Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.</i></p> <p><i>Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la</i></p> | |

| | |
|---|--|
| <i>pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»</i> | |
|---|--|

Este tipo de injusto se forma a partir de una conversión de la antigua falta de lesiones leves (art. 617.1), malos tratos de obra (art. 617.2) y amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos (art. 620.1), en delito, cuando el sujeto pasivo sea alguno de los del círculo familiar protegido penalmente (los sujetos a que se refiere el nuevo 173), hecho que a algunos autores, como a MONTALBÁN HUERTAS⁴⁰², le merece una valoración positiva desde el punto de vista de la prevención general. Por lo que en resumen han sido las antiguas faltas de los artículos 617 y 620, las que pasan a llenar de contenido el nuevo delito del art. 153. Sin embargo, para BENÍTEZ JIMÉNEZ tal endurecimiento de penas (cuando el comportamiento realmente es una falta) infringe el principio indiscutible de proporcionalidad⁴⁰³.

Lo cierto es que podríamos alegar un doble orden de conductas tipificadas: “de una parte, un subtipo de lesiones físicas o psíquicas no comprendidas en el art. 147 de la ley sustantiva penal, que tendría como bien jurídicamente protegido la indemnidad física o psíquica de la persona; y, junto a ellas, en la norma también se incluyen con idéntica penalidad los golpes o maltratos de obra que no lleguen a causar lesión, cuyo bien jurídico protegido estaría más cerca la dignidad de la persona⁴⁰⁴”. Además, las amenazas con armas adelanta la intervención punitiva, ya que una conducta así no

⁴⁰² MONTALBÁN HUERTAS, I.; *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, (Premio Rafael Martínez Emperador), Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004, p. 102, para la autora estas medidas son positivas en aras de la prevención general: “no solo porque refleja que el legislador y la sociedad actual han dejado de minimizar las amenazas con armas dentro del ámbito familiar- como ocurría con anterioridad al calificarlas como faltas- sino también porque la posibilidad de imponer penas en beneficio de la comunidad, permitirá una respuesta judicial adecuada al hecho”.

⁴⁰³ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J.; *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004, p. 95.

⁴⁰⁴ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIZA, J., MOYA CASTILLA, J M.; *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una Visión práctica*. Barcelona, 2005, p.87.

lesiona el bien jurídico propio del título en el que se ubica el 153 (de las lesiones), el bien jurídico integridad personal o salud, etc., o el que queramos estimar como propio de las lesiones, no sufre menoscabo pero sí es puesto en peligro⁴⁰⁵. Las amenazas tendrán un protagonismo importante en la siguiente de las reformas, la de 2004.

Por todo lo comentado hasta ahora, podíamos concluir que las nuevas redacciones de los artículos 153 y 173, suponen una ampliación del ámbito de lo punible ya que, penaliza más conductas, y a más personas por incrementando el número de sujetos pasivos. Conductas que en el anterior 617 se castigaban con un arresto de tres a seis fines de semana o con una multa de uno a dos meses, ahora en el 153, se convierte en una pena de prisión de tres meses a un año.

¿Cuáles fueron las razones que se alegaron para efectuar dicha ampliación punitiva? Desde un punto de vista criminológico, se dice que la cifra de delitos de malos tratos y el número de mujeres asesinadas a manos de sus parejas no disminuye⁴⁰⁶, y que la respuesta debe hacerse desde los fines preventivos de la pena, por eso la falta del 617 pasa a ser delito del 153, alegando que son esos primeros golpes y amenazas el primer mensaje que da el agresor para luego incrementar su actividad y así entrar en el ciclo de la violencia definido por Leonor Walker. En esta línea argumentativa, RODRÍGUEZ GÓMEZ considera que una de las causas del aumento de este tipo de criminalidad “ha podido ser la ineficacia de la falta regulada en el 617 CP. ... Esto ha llevado al legislador a pensar que esta medida sólo ha servido para incentivar y no para prevenir este tipo de comportamientos; estos inicialmente podían ser leves, pero al no recibir una respuesta adecuada, van a más, terminando en algunos casos con la vida de la víctima... Se llega así a la conclusión de que esa regulación legal, la de las faltas, es escasamente

⁴⁰⁵ GÓMEZ NAVAJAS, J.; “La violencia en el ámbito familiar ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, Aranzadi, p. 59.

⁴⁰⁶ Ver la siguiente tabla; Fuente: Elaboración propia a partir de los datos ofrecidos por el Instituto de la Mujer, en <http://www.inmujer.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W805b.XLS>

| | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 |
|---|----------------|----------------|----------------|--------|--------|--------|
| Muertes (pareja o expareja) | 54 | 63 | 50 | 54 | 71 | 72 |
| Denuncias (pareja o expareja) | (no hay datos) | (no hay datos) | (no hay datos) | 43.313 | 50.090 | 57.527 |

disuasoria y no cumple la función de motivación propia de la norma jurídico penal⁴⁰⁷”. El argumento que fundamentó en definitiva el cambio de falta a delito es que esa primera amenaza en algunos casos acaba en muerte y hay que prevenir estas consecuencias desde el inicio, y la solución valorada por el legislador fue la de elevar esas faltas a delito para poder aplicar pena privativa de libertad a esas conductas.

Estas ideas provienen de un Informe del CGPJ que comenzó a redactar en 1999 y que finalmente vio la luz en 2001 en el que el citado órgano de gobierno de los jueces establecía que esos episodios leves eran un primer aviso, pues “la experiencia acumulada en los últimos años demuestra que, con frecuencia, las primeras agresiones que se producen en una misma familia, aparentemente carentes de verdadera gravedad por la inexistencia de un resultado material lesivo físicamente apreciable, son por ello calificadas inmediatamente como faltas, no adoptándose al respecto medida cautelar alguna en relación con el agresor, y tampoco otro tipo de medidas de protección de la víctima. Sin embargo, en muchas ocasiones, estas primeras agresiones, sólo en apariencia desprovistas de gravedad, llevan en sí el germen de la violencia⁴⁰⁸”. De alguna forma, es tratar de llevar al código penal los “micromachismos” que estudia BONINO, pues es una manera de hacer frente a aquellos comportamientos que tradicionalmente han quedado fuera de estudios terapéuticos y legales, que se centraron en las formas más trágicas de esta violencia⁴⁰⁹.

Lo que sí diferencia el nuevo 153 del antiguo 617 es que éste (desde la proclamación de la Orden de protección) lleva aparejadas medidas cautelares derivadas del art. 544 LECr; por lo que, ante ese primer aviso del sujeto activo el juez puede

⁴⁰⁷ RODRÍGUEZ GÓMEZ, C.; “Notas sobre la última Reforma Penal en materia de Violencia Doméstica”, DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.^a R.; FABIÁN CAPARRÓS, E., RODRÍGUEZ GÓMEZ, C.; *La Reforma Penal a debate*, Salamanca, 2004, p. 190-191.

⁴⁰⁸ Informe sobre la violencia doméstica de la Comisión de estudios e informes del CGPJ aprobado por el Pleno del 7 de febrero de 2001”, en *Actualidad Penal 2001 núm. 16*, CP- 107.

⁴⁰⁹ BONINO, L.; “Develando los micromachismos en la vida conyugal”, en CORSI, J.; *Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*, Paidós, Buenos Aires, 1995, p. 192.

imponer el alejamiento de la víctima, la prisión provisional⁴¹⁰ u otro tipo de medida preventiva o de seguridad.

La pregunta que nos planteamos al analizar esta situación es, ¿realmente no se están rebasando las cuotas mínimas de proporcionalidad exigidas? ya que, aunque es verdad que ésta es una situación diferente a todas aquellas que comparten mención en el código penal, (puesto que se establece entre personas con una relación íntima y está probado que efectivamente existe un alto índice de acabar en asesinato), la realidad nos demuestra que no se educa a las personas a golpe de legislación, y además estos comportamientos carecen de entidad suficiente como para ser castigados como delito. Todo ello quizá tenga sus resultados a largo plazo, pero la solución principal no se halla en seguir penando más conductas y más duramente, sino más bien en dejar de potenciar los roles tradicionales de hombre y mujer que hoy por hoy siguen identificando a uno y otro sexo.

En cuanto a las consecuencias jurídicas, una de las modificaciones más importantes es que tras la reforma de LO 11/2003, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, pasa a ser susceptible de aplicación facultativa por el juez o tribunal, según el interés del menor o incapaz, de pena principal⁴¹¹.

Las conductas que escapan a ese incremento de pena, y siguen formando parte de las faltas de los artículos **617.2 CP** (cuando la víctima no fuera ninguna de las descritas por el 173) y **620.2 CP**, (aún cometidas entre estos sujetos), del cual se excluyen las amenazas leves con armas que ahora son parte del 153. Por tanto, nos quedan las *amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve*, cuando el sujeto pasivo sea alguna de las personas del 173.2 CP (art. 620.2):

⁴¹⁰ Recordemos que la medida de la prisión provisional fue desarrollada por LO 13/2003 de 24 de octubre de reforma de la LECr en materia de prisión provisional.

⁴¹¹ RUEDA MARTÍN, M. A.; “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, 2006, p. 290.

| Art. 617 antes de la Reforma | Art. 617 LO 11/2003 |
|--|--|
| <p>1. <i>El que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito dentro de este Código, será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.</i></p> <p>2. <i>El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.</i></p> <p><i>Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.</i></p> | <p>1. <i>El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito dentro de este Código será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.</i></p> <p>2. <i>El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.</i></p> |
| Art. 620 antes de la Reforma | Art. 620 tras la LO 11/2003 |
| <p><i>Serán castigados con la pena de diez a veinte días:</i></p> <p>1. <i>Los que de modo leve, amenacen a otros con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.</i></p> <p>2. <i>Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.</i></p> <p><i>Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.</i></p> <p><i>Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los</i></p> | <p><i>No cambia.</i></p> |

| | |
|--|--|
| <i>integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»</i> | |
|--|--|

Como hemos visto esta reforma da mucho de sí y sobre ella son diversos los cambios que se pueden mencionar, como la distinción entre malos tratos:

- Delito de malos tratos habituales, que es el antiguo 153 que abandona la rúbrica de las lesiones y se introduce entre los delitos contra la integridad moral, y pasa a integrar el art. 173.
- Delito de malos tratos no habituales: que son los que quedan dentro del 153, artículo creado a través de las antiguas faltas: 617.1 (falta de lesiones), 617.2 (falta de malos tratos) y del 620.1 (falta de amenazas), que se convierten en delito cuando se llevan a cabo sobre alguno de los sujetos pasivos del 173.2.

Por tanto son, a nuestro modo de ver, los cambios más importantes producidos en el año 2003:

En primer lugar, un cambio de ubicación sistemática, “de las lesiones” pasa a “las torturas o otros delitos contra la integridad moral”. Ya desde el 99 que se introdujeron las violencias psíquicas, se pedía que la violencia habitual formara parte de los delitos relativos a la integridad moral. Como veremos ni doctrina ni jurisprudencia se ponen de acuerdo en resaltar cuál finalmente es el bien jurídico que motivó la entrada del delito en el código penal; sobre todo si se trata de un bien jurídico individual como la integridad física o psíquica o la integridad moral, o si por el contrario se trata de proteger un bien jurídico de carácter colectivo como la paz familiar.

En segundo lugar apreciamos que en el antiguo 153 el legislador exigía la convivencia entre sujeto activo y pasivo, y hoy se introduce nuevas relaciones *aun sin convivencia*. También se amplía la pena a descendientes (ya no sólo hijos) También ascendientes y resto de personas que sin formar parte del ámbito familiar tienen el deber de proteger a sus miembros como si lo fueran, por ejemplo el guardador de un centro de menores, los hijos del cónyuge que pasan solamente las vacaciones con la pareja maltratada y un sin fin de sujetos que exceden el ámbito puramente hogareño ni del

puramente familiar, y es por ello que ya no podemos hablar ni de violencia doméstica ni de violencia familiar, sino en todo caso de violencia cuasi-doméstica o cuasi-familiar .

Y por último, además de la ampliación y endurecimiento de las penas se añaden nuevas penas (privativas de derechos) complementarias a la pena privativa de libertad y se crean tipos agravados en su mitad superior en el caso de que los actos violentos se perpetrasen en presencia de menores, o utilizando armas, o en el domicilio común o quebrantando una de las medidas cautelares o de seguridad impuestas del art. 48 CP. Debido a la ampliación de los sujetos en el tipo de injusto a las personas que trabajan en centros públicos o privados, echamos en falta la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Hay autoras que no encuentran un fundamento a esta dispersión de los delitos del ámbito familiar⁴¹², y en realidad no se entiende tal disociación, pues es facilitar la aplicación de los malos tratos aislados, por la facilidad de prueba, y arrinconar definitivamente el verdadero eje de la violencia, que es precisamente aquella que se ejerce habitualmente, y cuyos efectos negativos son los que se tratan de erradicar. A lo largo de los siguientes capítulos haremos un análisis más detallado de las implicaciones que dicha separación ha generado en la práctica judicial. No nos detenemos más en estas cuestiones ahora porque éste y otros asuntos serán objeto de análisis en un estadio posterior. Por eso, en la evolución legislativa de los malos tratos (y en la violencia de género), se ha desvirtuado el criterio y la finalidad de inicio de las reformas. Tras las acometidas en 2003, el modelo penal utilizado fracasó “porque el problema no estaba en el tratamiento penal de las agresiones leves y esporádicas entre parientes que por su escasa entidad nunca debieron salir del ámbito de las faltas. El problema residía en una defectuosa práctica judicial que, al identificar de modo casi automático la primera denuncia con el primer acto de violencia, acabó por calificar como simples faltas muchas situaciones graves de violencia habitual que permanecían ocultas tras un aparente episodio aislado de maltrato⁴¹³”, lo cual terminó por arrinconar la violencia

⁴¹² MAYORDOMO RODRÍGUEZ, V.; *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho Comparado*, Dilex, Madrid, 2005, P. 157-158

⁴¹³ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 45-46

habitual por sus dificultades probatorias, tendiendo los tribunales a encauzar las denuncias por vía del nuevo y simple art. 153 CP, por tanto “desde los criterios de eficacia, no era necesario endurecer las penas de las agresiones leves y ocasionales entre parientes. Porque el defecto no estaba ahí, sino en la incapacidad para prevenir con un grado aceptable de efectividad las situaciones de riesgo elevado para la vida e integridad de muchas personas que viven sumidas en un contexto de hostilidad y violencia permanente a causa de la actitud agresiva de otros familiares⁴¹⁴”.

5.2.3. L.O 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal

Esta nueva reforma retoca puntos importantes que giran alrededor del delito de malos tratos. Aunque no irrumpen de lleno en los artículos clave del delito como hizo la anterior reforma, puntualiza elementos típicos del 153 y del 173, sobre todo a nivel de penas.

En cuanto a cuestiones propias de la parte general el legislador en esta reforma opta por disminuir la pena de prisión mínima, que ya no son seis meses sino tres⁴¹⁵, alegando en esta ocasión la función de prevención general de la pena corta privativa de libertad. Por el contrario, se produce un incremento de la duración máxima de las penas ahora previstas en el art. 48⁴¹⁶ (que procede del art. 57 de la LO 11/1999): a) prohibición de

⁴¹⁴ Ídem., p. 46.

⁴¹⁵ Exposición de Motivos II de la LO 15/2003 de 25 de Noviembre: “La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia. Al mismo tiempo, esta duración mínima permite estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos.”

⁴¹⁶ **Art. 48 CP:** “1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.”

residir y acudir a determinados lugares; b) prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y; c) prohibición de comunicación con la víctima u otras personas.

Añadir también lo dispuesto en el art. 46⁴¹⁷, medida de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, que es importante tomar en cuenta en el caso del maltrato doméstico, puesto que en muchos casos son los hijos los usados por los propios padres como arma arrojadiza, quienes, además de sufrir el maltrato directo (criminalización primaria), son objeto de disputa judicial (criminalización secundaria). En el art. 57 CP se establece que si un delito de lesiones, contra la libertad, de torturas o contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, etc., es cometido por alguno de los sujetos establecido en el art. 173. 2 (recordemos el art. 173.2 fue introducido por la reforma de LO 11/2003), se aplicará en todo caso la pena de prohibición de acercarse a la víctima (del art. 48. 2) no excederá de diez años si el delito fuera grave y de cinco si fuera menos grave. Diferente tiempo en el caso de que se llevan a cabo las faltas del 617.2 y 620 CP.

Y resaltar la más importante, y es que se impone al juez la obligación de dictar la pena accesoria en el art. 57.2 CP, por tanto deja de ser potestativo:

| Art. 57 LO 14/1999 | Art. 57 LO 15/2003 |
|---|--|
| <p><i>Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del periodo de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones:</i></p> | <p><i>1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo. 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.</i></p> |

⁴¹⁷ **Art. 46 CP:** "La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso."

| | |
|--|---|
| <p><i>a.La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.</i></p> <p><i>b.La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.</i></p> <p><i>c.La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.</i></p> <p><i>También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente</i></p> | <p><i>No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.</i></p> <p><i>2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.</i></p> <p><i>3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620.</i></p> |
|--|---|

Como establece la propia Exposición de Motivos de la ley respecto de la pena de alejamiento “*se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los*

permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento. Se establecen por separado las tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas. Y, por último, se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos. Esta misma reforma se hace en la regulación de la medida de seguridad equivalente”.

Desaparece la pena de arresto de fin de semana y en su lugar aparece la de localización permanente⁴¹⁸, que se vertebra como una pena privativa de libertad autónoma leve. Por otra parte nos resulta curioso que el código penal la ubique dentro de la rúbrica de las *penas privativas de libertad* (arts. 35 y 37 CP) ya que en realidad esta pena no supone un control continuado mediante medios tecnológicos que permitan al penado la libertad deambulatoria, motivo por el que algunos autores apuestan por un cambio de nomenclatura, como “arresto en sitio o lugar determinado, pues la localización permanente parece aludir a la necesidad de estar localizados o localizables sin privación efectiva de libertad ambulatoria⁴¹⁹”, por tanto deberíamos cuestionarnos que debería tratarse más que como una pena privativa de libertad, como una pena restrictiva de la misma. Esta pena podría ser muy útil para el caso del maltratador doméstico si está bien reglamentada, ya que éstos en su ceguera por conseguir su objetivo, que suele ser la muerte de la víctima, no respetan las prohibiciones interpuestas por el juez.

⁴¹⁸ En la propia Exposición de Motivos de la Ley se establece que “la pena de localización permanente es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente.”

⁴¹⁹ Circular 2/2004 de 22 de Diciembre, de la FGE, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Aunque también es cierto que en un primer momento esta medida resultó muy polémica, porque si el tipo no concretara el lugar donde debía cumplirse dicha medida, el maltratador podría acabar recluyéndose en su propio domicilio, junto a la víctima. Por lo que era, ésta última, la que sufría una doble victimización al tener que convivir con su agresor. El art. 37 CP no diferencia estas cuestiones y sólo establece que la pena de localización permanente *su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia*. Sin embargo, más concretamente en la redacción del art. 617.2 aunque no se dice que deba cumplirse fuera del hogar, pero especifica que dicha pena deba cumplirse fuera del domicilio de la víctima, como es el caso del art. 620.2, habría que tener en cuenta las circunstancias específicas de cada pareja, pues hay casos en que los suegros por ejemplo, viven puerta con puerta en la misma escalera o en el mismo pueblo, por lo que sería casi igual que recluirlo en su casa. Por tanto en este último artículo se especifica *“localización permanente..., siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima.”*

También se añaden a las faltas del art. 620 la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, antes solo dispuesta para el art. 153 a raíz de la LO 11/2003.

En el Capítulo IV del título XXIV del Libro II, en lo relativo a las faltas de maltrato en el ámbito doméstico:

| Art 617 L.O 11/2003 | Art 617 después de la reforma operada por LO 15/2003 |
|--|--|
| <p>1. <i>El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito dentro de este Código será castigado con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses.</i></p> <p>2. <i>El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.</i></p> | <p><i>“1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses.</i></p> <p><i>2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta días.”</i></p> |

| Art 620 LO 11/2003 | Art. 620 después de la reforma operada por LO 15/2003 |
|---|--|
| <p><i>Serán castigados con la pena de diez a veinte días:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Los que de modo leve, amenacen a otros con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.</i> <i>2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.</i> <p><i>Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.</i></p> <p><i>Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»</i></p> | <p><i>Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.</i> <i>2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.</i> <p><i>Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.</i></p> <p><i>En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el <u>artículo 173.2</u>, la pena será la de <u>localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima</u>, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a 10 días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.</i></p> |

Como ya hicimos mención, desaparecen las penas de arresto de fin de semana y la de multa, que se sustituyen por la de localización permanente en ambos artículos. En el 620 además se concreta que dicha pena no se podrá ejecutar en el domicilio de la víctima, sino en uno diferente, lo que nos parece adecuado ya que de no ser así, tal y como ocurría en la multa, la víctima lo sería por partida doble. Sigue exigiéndose denuncia de la persona agraviada en caso de injurias.

De forma progresiva hemos ido viendo una tendencia jurídica del legislador de los últimos tiempos a ir ampliando la penalidad y el ámbito subjetivo de este tipo penal concreto de los malos tratos. Pero realmente ¿se puede justificar desde el Derecho Penal

un cambio tan drástico en la valoración del injusto? Es decir, analizadas las cifras ofrecidas por las estadísticas judiciales, los datos son claros; En más de un 90% son las mujeres las que padecen maltrato dentro del hogar, pero a lo largo de estos últimos quince años la situación no sólo no merma o se minimiza tras tanta amalgama legislativa, sino que, por el contrario, se están incrementando el número de denuncias e incluso de asesinatos, lo que debería llevarnos a pensar a todos los interesados e implicados de alguna manera en la materia, si se está actuando en la dirección adecuada. En la base de estas reformas, los principios de proporcionalidad y lesividad para muchos se están viendo afectados, en el sentido que lo que parecen medidas en aras a la consecución de mayor eficacia para la erradicación del problema, está tornando en un detrimento de derechos para el hombre, incluso para las propias mujeres que en todo caso deberán permanecer alejadas de sus parejas. No se trata de principios secundarios sino que, con ellos se toca la base misma sobre la que se construye el Derecho penal actual. Según AGUADO CORREA, el principio de proporcionalidad debe operar en los momentos de creación, aplicación y ejecución de las penas⁴²⁰. Principio que está en la tipicidad, antijuricidad y en el establecimiento del enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica. Está recogido en el art. 9.3 de la CE⁴²¹, y lo sopesa y basa en la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, a lo cual añade que dicho principio es esencial, puesto que responde a uno de los fines últimos del Derecho penal: la protección de bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro a través de la amenaza penal. Es un principio transversal de la Política Criminal. No se puede castigar en base a la mera intencionalidad del agresor, debe haber una puesta en peligro o una lesión al bien jurídico que se protege.

El principio de proporcionalidad exige la concordancia entre la entidad del delito y la entidad de la pena, por lo tanto debe haber proporcionalidad tanto en la previsión legislativa como en su aplicación judicial. En el primer momento habría que tener en cuenta una proporcionalidad en su sentido más amplio que abarcase los principios de: lesividad o protección de bienes jurídicos (“*nullum crimen sine iniuria*”) y del de

⁴²⁰ AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, 1999.

⁴²¹ Artículo 9.3 de la CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

intervención mínima, traduciéndose este último en el carácter fragmentario de derecho penal (necesidad de pena) y de *ultima ratio* (subsidiariedad). En el segundo momento hablaríamos de un principio de proporcionalidad de las penas⁴²². Pero es en el año 2004 cuando todas estas cuestiones van a tomar más relevancia, pues el legislador, lejos de ofrecer más garantías, apostará por una eficacia que para muchos desbordará los parámetros del Derecho Penal de la Democracia.

Tras este *maremagnum* de reformas legislativas parece que las cosas quedan claras en el panorama doméstico. Sin embargo, todos estos cambios normativos en tan poco tiempo, unido a un cambio de Gobierno, fueron el caldo de cultivo propicio para que en un año, se produjese otra transformación que vendría con la promulgación de la tan ansiada Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que ya había tenido algún intento de aparición pero que por lo polémico del asunto, no se produjo hasta diciembre de 2004.

6. LA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA A PARTIR DE 2004: LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, DE 28 DE DICIEMBRE DE 2004

A pesar de las múltiples reformas, los datos recopilados no reflejan los resultados esperados (de nuevo nos remitimos a la información del capítulo I). Además el debate estaba desenfocado, en el sentido que no hacía especial referencia al problema de las mujeres en el contexto patriarcal, al género⁴²³. Es por ello que, el Gobierno actual decide atajar el problema a través de otra Ley, aunque esta vez Integral y en específico, contra la violencia de género. Amnistía Internacional ha expresado su satisfacción ante el paso dado por el Parlamento español en mejorar la protección jurídica de los derechos de las mujeres. No obstante, el desafío mayor consiste, según esta ONG, en hacer

⁴²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., VVAA., *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Praxis, 2º. Ed., Barcelona, 1999, p. 59 y ss.

⁴²³ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 3 afirma que “un delito que se creó al calor de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema contra las mujeres nació desde el principio claramente desenfocado, apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que las auténticas causas que las generan”. En el mismo sentido se pronuncia MAQUEDA ABREU, M. L.; “1989-2009: Veinte años de <<desencuentros>> entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja” en DE HOYOS SANCHO, M.; (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, p. 40 quien lo califica de “despiste legislativo”.

realidad esos derechos, lo que implica eliminar todos los obstáculos que en la práctica pueden continuar menguando la efectividad y eficacia de las leyes⁴²⁴. Varios han sido también los intentos para su consecución: desde principios de los años 90, las Asociaciones de Mujeres venían clamando una Ley Integral que regulara el problema y exigiendo la plenitud de derechos para las mujeres. Quizá la ley responda a una promesa electoral a modo de compromiso político, debido a que la lucha contra el maltrato a las mujeres fue una de las propuestas estrella del partido ganador de las elecciones⁴²⁵, o bien se trate de una Política pública convencida y necesaria, ya que dicho partido ya propuso una Ley Integral cuando formaba parte de la oposición en 2002. La realidad es que nada más comenzar a andar su legislatura, el Gobierno aprobó con mayoría del Congreso y del Senado la Ley Integral de Violencia de Género, lo cual no implica que haya unanimidad en todos los aspectos de la misma, de hecho su puesta en marcha ha resultado muy polémica.

6.1. Las consecuencias del término “género” en una regulación “integral”

6.1.1. La restricción que hace la ley del uso del concepto de “género”

A la aprobación de la ley no le han faltado opositores puesto que se trata de una iniciativa muy novedosa incluso dentro del ámbito europeo, y ya tan sólo el desembarco del concepto “género” ha provocado multitud de pronunciamientos a favor y en contra de la Ley. Este concepto tiene su origen a mediados del s. XX en Psiquiatría, para interpretar los comportamientos de las personas que no se presentan completamente hombres o mujeres, sino que presentaban estados intersexuales, pero que pocos años más tarde lo acaparará el Feminismo para colocarlo en un contexto político⁴²⁶, y de ahí la expresión utilizada por el movimiento feminista “lo personal es político”, que responde a la idea que ya pronunciase Simone de Beauvoir y que demandaba que “la mujer no nace, sino que se hace”.

⁴²⁴ Informe de AI, Más allá del Papel. Hacer efectiva la protección y la justicia para las mujeres ante la Violencia de Género en el ámbito familiar” de mayo de 2005.

⁴²⁵ En este caso nos referimos al Partido Socialista Obrero Español que llega al Gobierno en Marzo de 2004.

⁴²⁶ Para más información BERRÉRE, M. A.; “Género, violencia y discriminación contra las mujeres”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L. RUBIO, A.; en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 36

Este término responde a toda una teoría que se dio a conocer a partir de los movimientos Feministas de los años setenta en los Estados Unidos, momento en el que se “comenzó a usar el término género como un modo de referirse a la organización social de las relaciones entre los sexos, como una categoría cultural. La teoría de género se da como un avance o evolución del feminismo y tiene por objeto subrayar la diferencia social que se hace con base en el sexo, su influencia en la determinación de los roles sociales o culturales y descubrir el significado que la sexualidad tiene en un orden social o en los cambios que se presenten en el mismo; es decir, se presenta como un movimiento macrocultural⁴²⁷”. Fue a raíz del Congreso de Pekín de 1995 cuando comenzó la difusión más generalizada del término “violencia de género,” debido a la herencia de todos los movimientos feministas a los que antes se ha hecho referencia. “Con el auge de los estudios feministas en los años 60 del siglo XX, se comenzó a utilizar en el mundo anglo-sajón el término *gender* con el sentido de “sexo de un ser humano: un ser humano desde el punto de vista específico de las diferencias sociales y culturales en oposición a las biológicas existentes entre hombres y mujeres⁴²⁸”. Etimológicamente, la traducción de *gender* a género ha traído una gran polémica al castellano.

Otro de los aspectos de reivindicación política de las cuestiones que afectan en mayor medida a las mujeres ha sido la adopción de términos como el de Femicidio, al que hemos hecho alusión en el caso de las mujeres de Juárez (en el capítulo I de este trabajo), siendo feminicidio distinto al femicidio porque el primero hace especial hincapié en las causas de ese homicidio, con tintes de género⁴²⁹.

Como ya mencionamos con anterioridad, en uno de sus Informes de 1996, la Relatora Especial de la ONU alertó a los Estados parte sobre el peligro de utilizar conceptos vagos como el de violencia familiar o violencia doméstica por esconder esos

⁴²⁷ PÉREZ CONTRERAS, MARÍA DE MONSERRAT, “La violencia contra la mujer, un acercamiento al problema”, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXX, Núm. 103, Enero-Abril 2002 y puede consultarse en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art7.htm>

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ Para más información sobre el término Femicidio y su distinción con femicidio, consultar PERAMATO MARTÍN, T.; “La violencia de género e intrafamiliar en el Derecho penal español” en IGLESIAS CANLE, I. C.; y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.; (Coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 23-24.

conceptos algo que resulta clave para el análisis del fenómeno: el sexo de autores y víctimas, siendo que “el primer paso para combatir la violencia contra las mujeres como problema global de Derechos Humanos debe ser contextualizada en el ámbito de la discriminación por razón de sexo⁴³⁰”. De ahí la necesidad de encontrar un concepto para diferenciar el problema que se trata, de otros relacionados con él.

Así las cosas en un primer momento de análisis podríamos afirmar que la denominación de la ley de género sería acorde a dicha normativa internacional, pero por el contrario critica la Real Academia Española⁴³¹ el uso del concepto (violencia de género) puesto que el término género procede de la palabra inglesa “gender” y no tiene el mismo significado en castellano que en el idioma anglo-sajón, y lo que se ha hecho, no es otra cosa que una mala adaptación. En castellano, el género corresponde a las palabras y a las cosas, y el sexo es el que se reserva para las personas. Por tanto, la RAE recomienda el uso de la expresión “violencia doméstica” y no “de género”, y opina que el proyecto de Ley contra la “violencia de género” propuesto por el gobierno de España deba denominarse “Ley Integral contra la Violencia Doméstica o por razón de sexo⁴³²”. Pero por todo lo argumentado anteriormente deducimos que, mientras que con sexo nos estamos refiriendo a la naturaleza biológica de las personas, con género nos referimos a su sentido socio-cultural, que no es otra cosa que el comportamiento esperado de unos y otros por la sociedad. ARROYO ZAPATERO durante las sesiones de debate del proyecto de ley en el Congreso responde al informe de la RAE: “naturalmente que género viene de *genus* y viene de una teoría general, por supuesto, pero ¿de qué estamos hablando? De la violencia de los hombres contra las mujeres que son pareja o lo han dejado de ser. ¿Cómo se sintetiza eso? ¿Violencia doméstica? No, si la violencia doméstica es de todos los demás, pues violencia de género. Habría que decir a la Academia que tiene que limpiar la lengua y darnos las palabras que necesitamos para

⁴³⁰ Informe de Amnistía Internacional: “No hay excusa. Violencia de género en el ámbito familiar y protección de los Derechos Humanos de las Mujeres en España”. Noviembre 2002.

⁴³¹ Real Academia Española de la Lengua, de ahora en adelante la RAE.

⁴³² El Mundo, jueves 27 de mayo de 2004, “Pide al Gobierno que lo tenga en cuenta en la ley: La RAE recomienda usar el término violencia doméstica y no de género” o consultar en el documento ¿Violencia de género o violencia doméstica?” que se puede encontrar en la siguiente dirección <http://www.elcastellano.org/nota.php?id=7>. Igualmente crítico LÁZARO CARRETER, F., “Con algún género de dudas”, en El País, 4 de marzo de 2002 quien critica que los nombres en inglés carecen de género gramatical, pero nuestra lengua cuenta con género masculino y femenino, por lo que las personas tienen sexo, no género.

entendernos; si hay algo con lo que nos entendamos mejor que con el concepto de violencia de género, lo acepto pero es que no lo hay⁴³³”. Efectivamente puede que la palabra género no sea la más apropiada por carecer en nuestra cultura de tal significación y, resulte una mala adaptación de una palabra anglosajona, pero de alguna manera se encuentra justificado su uso en la necesidad de poner nombre a lo que no tiene, y ese es el motivo por el que aceptamos el término pese a lo poco acertado del mismo: porque da significado al entramado estructural en el que se asienta el fenómeno que aquí estudiamos.

Para una ley así, el uso de “violencia doméstica” incluiría toda violencia ejercida dentro del hogar entre familiares, es decir, perpetuar la situación que había hasta entonces pero no se haría especial hincapié en la violencia que hunde sus raíces en el sistema patriarcal, que desde una perspectiva criminológica es lo que se pretende; esto es, atajar el problema de las denuncias y muertes en su mayoría de mujeres, lo cual no implica que no exista la violencia ejercida hacia los hombres, que existe aunque en menor proporción. En términos estadísticos el 90% de los casos atendidos de violencia en el hogar, corresponde a mujeres, por ello “violencia doméstica”, a gusto de algunos, no es suficientemente específico, al no reflejar el sexismo que el problema esconde. Además por “doméstica”, nos referimos a los hechos acaecidos dentro de un hogar, por lo que varios sujetos pasivos, quedan fuera del tipo, como son las relaciones de noviazgo. Por lo tanto, hay una cosa clara, violencia doméstica es una expresión más amplia que la de violencia de género, abarca más personas, no sólo a las mujeres. Como vemos, violencia de género es parte de la violencia doméstica pero, a la vez, violencia de género es más que sólo aquella violencia ejercida en contra de las mujeres en el ámbito familiar, porque engloba toda aquella violencia ejercida contra la mujer por el simple hecho de ser mujer, tanto dentro como fuera del hogar, manifestada en el ámbito laboral

⁴³³ ARROYO ZAPATERO, L.; DS Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 70 de 08/09/2004. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2004, VIII Legislatura, núm. 70, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excmá Sra. D^a CARMEN MARÓN BELTRÁN, Sección núm 9, celebrada el miércoles 8 de Septiembre de 2004, p. 26. En el mismo sentido se pronuncia FARLADO CABANA, P.; “Tendencias de Política Criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, FARALDO CABANA, P.; (Directora), Política Criminal y reformas penales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 141 nota al pie núm. 7 en la que afirma que la expresión violencia de género “es un barbarismo pero permite poner el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja, fruto de categorías, roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, e instrumento para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre”.

en el acoso, o en un sueldo menor, y en el ámbito social, a través de ataques a la libertad sexual como pueden ser las violaciones.

En su acepción sociocultural, “género” lleva aparejada una serie de cuestiones que son justamente las que la ley intenta resaltar: diferencias y desigualdades reales en los ámbitos social, económico y laboral, donde se establecen relaciones de subordinación en vez de relaciones de igualdad. Sea como fuere, la redacción final de la Ley siguió con su denominación inicial de la propuesta del PSOE en 2002, por lo que se acabó utilizando “género” y no “sexo”. La connotación clara que con ello se quiso, aunque en castellano, (según la RAE) no sea así, fue la de crear una ley que protegiese íntegramente a la mujer por el contexto especial en el que nos movemos: el Patriarcado. Además, recordemos que es un término que fue utilizado por vez primera en la esfera internacional, y participa en esa medida de una homogeneidad que se intenta dar al tratamiento del problema en todos los países.

6.1.2. El uso del concepto “integral” en esta ley

Como venimos señalando, el término género se refiere a todo tipo de violencia ejercida en contra de la mujer por lo que implica el mero hecho de ser mujer en un contexto patriarcal y no sólo en razón de su condición sexual, por lo que engloba todos los aspectos de su vida: laboral (acoso), social (agresiones sexuales) y familiar (violencia doméstica) y sin embargo en esta ley, cuya pretensión es la de ser una regulación “integral” como así lo indica su enunciado, el paquete de medidas que recoge simplemente abarca a la violencia en contra de la mujer cuando ésta se comete en el ámbito familiar. Es una objeción que puede hacerse a esta Ley Integral de Violencia de Género. Además en cuanto al término “integral”, el CGPJ afirma que “en este sentido la ley integral debería tener el valor “codificador” de una normativa ya existente en las distintas ramas del ordenamiento jurídico; ahora bien, tal y como se expondrá, lejos de identificarse lo “integral” con una vocación refundidora, con el texto informado proliferarán regímenes procesales distintos sobre una misma materia, con riesgo cierto de solapamientos e interferencias⁴³⁴”.

⁴³⁴ Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004, p. 14. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>

Que la ley solo haga mención a la violencia de género en el ámbito doméstico es una cuestión criticada por BODELÓN, pues “se trata de un problema conceptual importante, ya que se están modificando lo que en España, y en otros muchos países, hemos estado reivindicando durante años: una intervención social y jurídica sobre el problema de la violencia de género que parta de la consideración de que estamos ante un problema complejo, con muchas manifestaciones y que no atañe solo a las mujeres en el ámbito de la familia, sino también en la violencia sexual, en las mutilaciones genitales, etc.⁴³⁵” En el mismo sentido más autores se pronuncian respecto de la utilización del término integral, y éste no ayuda a resolver todos los cuestionamientos que se acaban de poner de manifiesto, sino que por el contrario lo empeoran, por ello estamos de acuerdo con GONZÁLEZ CUSSAC cuando afirma que esta ley no es una ley integral, sino que es una ley de medidas integrales, siendo que así no ocurre porque no contiene una ristra de soluciones a todos los ámbitos de violencia que pueden sufrir las mujeres, pues únicamente contiene agravaciones especiales en caso de violencia contra mujeres pareja, pero se olvida de las demás situaciones, ya sea de agresiones sexuales, en el aborto, en el homicidio, etc.⁴³⁶. Lo cual resulta más paradójico si se compara a la luz de lo establecido en los propios objetivos de la ley, es decir, en su art. 1.3 LO 1/2004 de 28 de diciembre que establece que *la violencia de género a que se establece la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad.*

Esta cuestión ya ha sido objeto de una de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el TC por la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 1 y 4 de Murcia, en la que alega que “la limitación de la conducta típica a violencia conyugal es sospechosa de arbitrariedad, pues la dominación violenta del hombre sobre la mujer < puede darse en todo tipo de relaciones afectivas entre hombre y mujer, incluso con

⁴³⁵ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 280.

⁴³⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colecció <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 421.

mayor virulencia, como sucedería en las paterno filiales⁴³⁷”. Es decir, como ya indicamos al analizar el perfil del sujeto pasivo, se trata de la mujer-pareja⁴³⁸.

El proyecto fue muy polémico hasta su aprobación final, aunque fuese aprobado por la mayoría absoluta del Congreso y, todavía hoy, sigue generando opiniones encontradas. Pero pasemos a analizar los dos grandes frentes de la polémica, ya que hubo dos posturas enfrentadas representadas:

- de una parte, PECES BARBA, que se pronunció a favor de dicha ley⁴³⁹
- y de otra, por el Consejo General del Poder Judicial⁴⁴⁰, que criticó en su contenido al proyecto por considerarlo un retroceso hacia el Derecho penal de autor y por ir en contra del principio constitucional de Igualdad⁴⁴¹.

La tensión entre estas dos posturas, con opiniones enfrentadas, llegó a los medios de comunicación. PECES BARBA hizo reiteradas llamadas de atención al uso constitucional de la discriminación positiva, totalmente legal, en un país donde la igualdad formal se ha conseguido, pero las mujeres siguen viviendo en una situación de desigualdad real, y apelando al art. 9.2 CE él se defendía diciendo que: *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. Junto a PECES BARBA también COMAS D'ARGEMIR se decanta a favor de la ley, estimando que “es una

⁴³⁷ Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 171.4 CP en su redacción de LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de los Juzgados de lo Penal núm. 1 y 4 de Murcia y que el Pleno del TC resuelve por Sentencia núm. 45/2009 de 19 de febrero.

⁴³⁸ Ver Cap. I, IV, 2.

⁴³⁹ “El debate sobre la violencia de género. Las críticas a la propuesta del Gobierno contra el maltrato reflejan, dice el autor, ignorancia sobre la cultura de los derechos humanos”, *El País* 23 de junio de 2004.

⁴⁴⁰ El Consejo General del Poder Judicial, de ahora en adelante, el CGPJ.

⁴⁴¹ Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm>.

opción legislativa necesaria, oportuna y con encaje constitucional⁴⁴²”, continúa argumentando la autora su necesidad y oportunidad en base a dos objetivos, que son “conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres; y combatir la violencia de género a fin de reducir las insoportables cifras de violencia que sufren las mujeres, con el objetivo de lograr su plena erradicación⁴⁴³”.

Por el contrario, el máximo Organismo de Gobierno de los Jueces, el CGPJ, dejó ver su repulsa a dicho proyecto de ley, que fue aprobado finalmente por el Gobierno el 25 de junio de 2004, convertido posteriormente en LO 1/2004 de 28 de diciembre (la LOMPIVG) tras su paso por el Congreso y el Senado donde el Anteproyecto fue aprobado por mayoría. El CGPJ alega la inconstitucionalidad de una ley que castiga de forma diferente un mismo hecho dependiendo del autor que lo cometa, es decir, si es un hombre el que maltrata a una mujer con amenazas y coacciones leves se convierten en delito, y el hombre es castigado hasta con pena de prisión. Se comenta que, pudiera parecer esto una vuelta al Derecho penal de autor, en el que los mismos hechos son castigados de forma diferente dependiendo de la persona que los lleve a cabo, lo cual va en contra de los presupuestos básicos que rigen en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho. Dicho Organismo critica la opción de acción positiva escogida por la ley en vez de la discriminación positiva, porque “esta figura de la acción positiva tiene aún en su elaboración un ámbito objetivo difuso. Es admitida sin duda en la promoción de la igualdad en el empleo, también se plantea modernamente el sistema de cuotas en el sistema de cuotas en materia electoral o de representación política, pero como ha puesto de manifiesto el TJCE en sentencia de 17 de Octubre de 1995 en el caso Kalanke, no caben medidas que vayan más allá del fomento de la igualdad de trato, en particular, medidas que supongan un perjuicio para alguien por la sola pertenencia al grupo de los varones, por lo que niega validez a un sistema que asigne automáticamente prioridad a las mujeres⁴⁴⁴”. Las posiciones a favor y en contra de esta que se define como acción

⁴⁴² COMAS D’ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 40.

⁴⁴³ Ibidem.

⁴⁴⁴ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer de 2004 en la web del CGPJ. p.19 y ss. (<http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpcgpcgpc/principal.htm>).

positiva, dependen en gran medida del visionado que se le de a artículos como el artículo 4 de la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) celebrada en el seno de Naciones Unidas en el año 1979, en el que se expone que;

“1. La adopción por parte de los estados de medidas temporales especiales enfocadas a la aceleración de la igualdad de hecho entre hombres y mujeres no se considerará discriminación tal como se define en la presente Convención, pero no traerá como consecuencia en modo alguno el mantenimiento de baremos desiguales o por separado; dichas medidas serán abandonadas cuando los objetivos de igualdad de oportunidades y trato se hayan conseguido

2. La adopción por parte de los estados de medidas especiales, incluyendo aquellas recogidas en la presente convención, dirigidas a la protección de la maternidad, no se considerarán discriminatorias”.

El alcance de esta Convención “es general y aplicable a todas las áreas de la vida: civil, cultural, social, política y económica. La Convención representa la idea de igualdad de oportunidades. Su preámbulo y su texto reflejan claramente la idea de que, a pesar de todos los esfuerzos de las convenciones tradicionales sobre los derechos humanos, todavía prevalecen fuertes estereotipos sociales y culturales, tanto para los hombres como para las mujeres⁴⁴⁵”. El tema de las acciones positivas está muy relacionado con el ámbito laboral⁴⁴⁶, pero no con el ámbito penal.

Más allá del debate sobre acciones y discriminación positiva, habrá parte de la doctrina, que en principio tache como razonables las críticas pero que también encuentre argumentos capaces de justificar esa decisión legislativa “pues la pareja representa un ámbito de riesgo relevante... espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer una posición de

⁴⁴⁵ *Acciones positivas en el campo de la igualdad entre hombres y mujeres, Informe final de actividades del Grupo de especialistas sobre acciones positivas en el campo de la Igualdad entre hombres y mujeres (EG-S-PA)*, Editado en 2004, en España por el Instituto de la Mujer, p. 21

⁴⁴⁶ Muchas son las referencias que un estudioso puede adivinar en este sentido, tanto a nivel internacional como nacional se ha legislado: ver por ejemplo el famoso caso Kalanke del Tribunal de Justicia Europeo. Y a nivel nacional el caso más claro hoy por hoy es el del reparto de los Ministerios del Gobierno a 50% entre hombres y mujeres.

dependencia, vulnerabilidad y subordinación a la autoridad masculina⁴⁴⁷”. Estas cuestiones referidas al derecho discriminatorio serán tratadas con más detalle en el último capítulo.

El punto discordante, viene dado sobre todo por los art. 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 CP que son soporte del novedoso delito en nuestra legislación con la agravante específica de género⁴⁴⁸, que es el que ha hecho pensar a muchos jueces que la Ley no es todo lo integral que pretendía: se habla de SP “ofendida”, por lo que descarta a hombres; “...sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Por lo tanto no deja ningún tipo de posibilidad al caso contrario, que la mujer sea el SA y el hombre el SP, pero ¿ni siquiera a las relaciones homosexuales entre mujeres? Sólo cabría una interpretación más amplia en “*persona vulnerable que conviva con el autor*”, creada sobre todo para introducir a esa especial protección a los niños y niñas y los ancianos, en los que se estima una especial vulnerabilidad por las circunstancias que entraña su situación de indefensión. El debate acerca de las relaciones entre personas del mismo sexo quedaría resuelto en el año 2007, aunque esta no fuera la intención primera de la Ley, ya que en ellas una de las partes también puede hallarse en circunstancias de especial vulnerabilidad. Esta coletilla es interpretada desde cierto sector como una concesión política a la oposición para una mejor aceptación del proyecto en el Congreso y el Senado, pero que no tiene mayor aplicación práctica.

Ya PECES BARBA anunciaba en 2004 que previsiblemente al año siguiente se aprobase la ley de los matrimonios entre personas del mismo sexo, por lo que se incurriría en una incoherencia, pues estarían dentro las parejas mujer-mujer pero no las

⁴⁴⁷ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley Integral”, en *Revista Penal*, núm. 18, Julio 2006, P. 177 y ss. En el mismo sentido se pronuncia la misma autora al reconocer que la restricción de género al ámbito de la pareja se debe a que “no es lo mismo violencia de género y violencia doméstica porque una apunta a la mujer y la otra a la familia como sujetos de referencia. Nada empece a esta afirmación en que deba reconocerse que el medio familiar es propicio al ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género”, en “La Violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, P. 4

⁴⁴⁸ Todos ellos contienen una agravante específica de género, como la denomina LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la ley Integral. Valoración político criminal”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2005, p. 10 y 19.

parejas de hombre-hombre, puesto que el sujeto activo tiene que ser una mujer y el sujeto pasivo puede ser quien sea, un hombre o una mujer, puesto que la ley no especifica⁴⁴⁹.

Algo es claro y es que, esta ley abre en nuestro país la vía del Derecho penal de género, alumbrado por una política criminal de género que en ningún caso ha desestimado el poder de la vía punitiva y resulta un fenómeno que a nivel legislativo ha venido a justificar la actual expansión del derecho penal, fraguada al calor de los organismos internacionales, ya provenga de Naciones Unidas o de la propia Unión Europea, cuestiones que han sido muy debatidas en los últimos cuatro años por la doctrina española y de la que nos haremos eco en el último capítulo de este trabajo.

En realidad de todas estas cuestiones y de forma más detallada nos haremos eco en los capítulos finales de este trabajo, en la que desglosaremos la disyuntiva entre las acciones positivas y la discriminación positiva en derecho penal, las agravantes de género y las cuestiones de inconstitucionalidad que han pendido sobre las últimas reformas en violencia doméstica y de género, en 2003 y 2004 respectivamente.

6.2. Las posturas que la Ley suscita en las Asociaciones de Mujeres

Dicha polémica y dichas posturas a favor y en contra la encontramos incluso dentro de las más grandes promotoras de la ley: las asociaciones feministas. Éstas venían clamando desde 1991 una Ley Integral que intentase resolverle grave problema que azota, en este caso, a España. Veamos las observaciones, cuestionamientos y razones argüidas por éstas, a favor y en contra⁴⁵⁰, que además se hacen corresponder con los argumentos de los distintos partidos políticos;

⁴⁴⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Comparecencia en el Congreso de los Diputados, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión núm. 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004. p. 10-11.

⁴⁵⁰ LABARI, N. Terrorismo Doméstico, “Veinte argumentos para una ley”, un documento de *El Mundo*, <http://www.el-mundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malostratos/favorycontra.html>.

| Mujeres para la Democracia | Federación Nacional de Mujeres progresistas |
|---|--|
| <p>1. Ley no tiene garantías de constitucionalidad. El Gobierno no ha atendido las consideraciones en este sentido de los Órganos Consultivos como el Consejo General del Poder Judicial, Consejo de Estado y Consejo Económico y Social.</p> <p>2. La Ley es discriminatoria. Las amenazas y coacciones son delito cuando las comete un hombre y una falta cuando las comete una mujer. Es una barbaridad que existan delitos sólo para hombres.</p> <p>3. La Ley no protege a las personas mayores ni a las que padecen algún tipo de discapacidad. Estas personas son especialmente vulnerables al no poder, en muchos casos, ni siquiera interponer una denuncia por sí mismas.</p> <p>4. La Ley no ampara a las parejas homosexuales, que son discriminadas en un asunto fundamental como es la lucha contra los malos tratos. La Legislación vigente sí da cobertura a estas parejas, por lo que el texto del Gobierno supone un retroceso.</p> <p>5. La Ley no refunde otras normas autonómicas de protección por lo que existe riesgo de solapamiento e interferencias entre administraciones. El Gobierno no ha consultado la Ley con las Comunidades Autónomas, cuando estas tienen competencia plena en la mayoría de las materias objeto de regulación.</p> <p>6. La Ley es insuficiente en las medidas protectoras. No contiene las medidas necesarias que garanticen la seguridad de las víctimas y sus familias. La ley ignora las medidas policiales y el uso de instrumentos</p> | <p>1. El CGPJ -en el que sólo 2 de sus 18 miembros son mujeres- elaboró un primer informe favorable, que leyó Montserrat Coma, y donde sólo se proponían mejoras técnicas. Por su parte, el Consejo de Estado, el Consejo Escolar y el Consejo Económico y Social han hecho sendos informes positivos proponiendo mejoras técnicas.</p> <p>2. La necesidad de la Ley es inminente por las dimensiones que ha cobrado la violencia de género. Es imprescindible acabar con la impunidad del maltratador. Las lesiones, amenazas, etc. ya están contempladas en el Código Penal, pero el número de agresiones a mujeres precisa de medidas particulares e inmediatas.</p> <p>3. La acción positiva está consolidada por el Tribunal Constitucional, por el Tratado de Amsterdam y por la última directiva de igualdad del Tratado de la Unión de 2002. Nuestra Constitución también sostiene la acción positiva en el artículo 9.2. y en el 14.</p> <p>4. El número de hombres que muere a consecuencia del maltrato de mujeres es infinitamente menor. Pero, además, el observatorio del CGPJ no ha podido determinar los casos de maltrato a hombres que no iban precedidos por denuncias de sus esposas. Es un elemento no contemplado pero va a empezar a estudiarse el número de mujeres que cometen crímenes contra sus compañeros en legítima defensa.</p> <p>5. Es necesario crear medidas integrales que afecten a las competencias transmitidas a los municipios y las Comunidades Autónomas que, sin rango de Ley, no se pueden implementar.</p> <p>6. La Ley garantizará la formación de profesionales (abogados, médicos, policías) para que aprendan a actuar desde una perspectiva de género cuando el caso lo requiera.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>tecnológicos adecuados como brazaletes para controlar al maltratador y los aparatos móviles de comunicación con la víctima.</p> <p>7. La ley crea juzgados específicos para maltratadas lo que, lejos de ayudar a las mujeres víctimas, las condena a ser juzgadas en "guetos". No pueden existir juzgados por razón de sexo, igual que no pueden existir juzgados por razón de raza o religión. Esta medida es absolutamente innecesaria, siendo lo más adecuado una especialización funcional de los juzgados.</p> <p>8. La ley carece de medidas para agilizar los trámites de separación y divorcio. La inclusión de estas medidas resulta fundamental por el altísimo porcentaje de mujeres que son asesinadas durante el proceso de separación.</p> <p>9. La ley no cuenta con financiación suficiente. La memoria económica que ha presentado el Gobierno es confusa y no detalla el presupuesto artículo por artículo, por lo que no tiene credibilidad.</p> <p>10. La ley no ha contado con suficiente diálogo y debate social, se ha elaborado a toda prisa y sin rigor. No es bueno que no haya consenso en materia de los malos tratos. La ley ha sufrido críticas desde todos los ámbitos: sociedad civil, expertos juristas, administraciones autonómicas, grupos parlamentarios, instituciones y medios de comunicación. Se puede mejorar la ley sin que la protección de las mujeres maltratadas se vea disminuida.</p> | <p>7. En menos de un siglo, la mujer ha pasado de no tener derecho a voto a tener voto, trabajo y cada vez más presencia y poder sociales. Sin embargo, el resto de la sociedad no ha evolucionado, por eso hay que introducir medidas que faciliten el cambio. Actualmente, desde la perspectiva de género, no hemos inventado un modelo nuevo de convivencia, mientras que el viejo ya no sirve.</p> <p>8. La Ley tiene un valor pedagógico en sí mismo ya que por su aplicación general educa al ciudadano de forma unívoca.</p> <p>9. La Ley incluye un presupuesto, algo que los Planes no incluían y que impidió una vez tras otra poder implementar algunas de las medidas que se proponían.</p> <p>10. La Ley debe dejar claro que ésta no es una batalla entre Partidos Políticos ni entre hombres y mujeres, sino contra la violencia de género. Y, en consecuencia, la sociedad tiene que percibir que no será fácil volver a atacar impunemente a una mujer."</p> |
|--|---|

Ambas asociaciones de mujeres apostaban por una ley integral de protección a la mujer, sin embargo, la manera de proceder del Gobierno no satisface las expectativas de las primeras.

6.3. La permanencia del delito de violencia doméstica y la aparición de los delitos de género

De esta reforma de 2004, son dos tipos de delitos el objeto de nuestro análisis:

(1) Por una parte los tipos específicos de violencia con las agravantes de género, cuyo

ámbito subjetivo ha creado la gran polémica en torno a esta nueva ley, recogido en los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2; (2) Por otro lado el de violencia doméstica recogido en el **173.2** y también en los delitos del 153.2 y 171.5 CP.

1) Regulación de la violencia de género: Por una parte, las conductas constitutivas de falta que ya habían sido anteriormente tipificadas como delito en la reforma de 2003 (LO 11/2003), excepto las amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos pasan a tener otra pena cuando en vez de establecerse contra algunas de las personas del ámbito doméstico (sujetos del 173.2) se llevaren a cabo contra la mujer-pareja ahora tipificadas en el **153.1**. De esta manera hay dos apartados actualmente; el apartado 1, cuando es un hombre el que lo acomete en contra de su esposa, ex-esposa o persona a la que se halle unida por análoga relación de afectividad y el apartado 2 que se corresponde a cuando se producen en el ámbito de las relaciones del 173.2 CP.

| Art. 153 LO 11/ 2003 | Art. 153 LO 1/2004 |
|---|---|
| <p><i>El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de</i></p> | <p><i>“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará 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 y, en todo caso, privación del Derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.</i></p> <p><i>2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de</i></p> |

| | |
|--|--|
| <i>seguridad de la misma naturaleza.</i> | <i>prisión de tres meses a un año, etc.”</i> |
|--|--|

El gran cambio se produce respecto de los nuevos delitos de amenazas y coacciones en los que el legislador utiliza la misma técnica que ya utilizase el legislador de 2003. Por su parte, del viejo artículo 620 se han desligado las amenazas y coacciones leves que pasan a ser delito de los artículos 171.4 y 172.2 cuando el sujeto activo específicamente es un hombre y el sujeto pasivo una mujer.

| Art. 620 LO 15/2003 | Art. 171. 4 LO 1/2004 |
|---|---|
| <p><i>Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:</i></p> <p><i>1. Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.</i></p> <p><i>2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.</i></p> <p><i>Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.</i></p> <p><i>En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a 10 días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.</i></p> | <p><i>“El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.</i></p> <p><i>Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.”</i></p> |
| | Art. 172.2 LO 1/2004 |

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

- del anterior artículo 153 CP (malos tratos ocasionales) se separa el párrafo que decía que *“El que... amenazara a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado...”*, que pasa a la rúbrica propia *“De las amenazas”*, del Capítulo II concretamente en el artículo **171. 5**.

| Art. 153 LO 11/2003 | Art. 171.5 LO 1/2004 |
|---|--|
| <p><i>El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime</i></p> | <p><i>“ El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior será castigado...”</i></p> |

| | |
|---|--|
| <p><i>adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.</i></p> | |
|---|--|

Por otra parte incluso mayor polémica ha desencadenado ya no solo haber elevado a delito conductas sin la entidad suficiente para serlo, sino que además, en estos tipos se ha basado la criminalización de las conductas en el hecho de que sea el varón el que las lleve a cabo sobre su pareja o ex-pareja, lo que deja una ventana abierta a una interpretación del nuevo rumbo adquirido: la vuelta a un Derecho penal de autor inconcebible en pleno siglo XXI; cuando es la mujer la que ejerce algún tipo de amenaza o coacción a su pareja o ex-pareja, la conducta se lleva por el 153.2 (pena de prisión de tres meses a un año), sin embargo si las comete un hombre sobre su mujer puede ser castigado con el 153.1 (pena de seis meses a un año de prisión), contenidos que serán objeto de un análisis más detallado en el capítulo V.

Las dos últimas reformas parecen haberse basado en la intención que se estima en el autor de acometer hechos violentos en el futuro, al igual que ocurriera en 2003, se supone que una amenaza leve es una primera señal que da el agresor para a partir de ahí incrementar la intensidad de los actos de violencia, y además, agravarlos por ser un varón el que los lleva a cabo sobre una mujer, como ya criticamos en 2003 el problema no se resuelve convirtiendo en delito comportamientos que no lo son, sino en un estudio profundo en la etapa ejecutiva de la situación de maltrato y de la valoración real del riesgo de las mujeres que lo padecen.

Resumiendo, podríamos argumentar que los delitos regulados y analizados como explicativos del propio nombre de la Ley, y que le brindan su legitimidad, es decir, aquellos que basan la pena en el género de uno u otro sujeto, son los que crean el mayor punto de rechazo a la misma. La acción u omisión en todos ellos está basada en la

relación de afectividad entre sujeto activo y pasivo y en el hecho de que el sujeto activo sea hombre y el pasivo una mujer. No dejan lugar a dudas: se trata de un delito del art. 153.1 cuando el hombre amenaza, coacciona, o causa un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este código, y se trata del 153.2 cuando una mujer lo lleva a cabo en contra de un hombre, o de otra mujer, y cuando un hombre lo ejerce sobre otro hombre o sobre cualquier otra persona del 173.2.

2) Regulación de la violencia habitual o cuasi-doméstica o cuasi-familiar: El artículo **173.2 CP** queda regulado tal cual tras la reforma introducida por la LO 11/2003, sin ningún cambio aparente, en el que el 173.2 sigue recogiendo el delito de violencia habitual. Entraría en concurso con el resto de delitos cometidos.

Como en todas las reformas que han ido solapándose en los últimos tiempos, ésta no escapa a ser objeto de crítica; tanto detractores como aduladores coinciden en general en alabar los aspectos de prevención de la Ley Integral contra la Violencia de Género, como las medidas encaminadas a la educación⁴⁵¹, a las ayudas económicas, a las Asistencia e información, incluso a la creación generalizada de las Fiscalías Especiales y los Juzgados. Son los grandes avances que se producen en la lucha contra esta lacra social. Sin embargo dichos logros quedan empañados por el hecho de tratar la prevención general como medida de educación social.

Comprobar si la culminación de estas lagunas que impedían garantizar a las mujeres una vida libre de violencia ha servido para lograr el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia. Otro de los informes más recientes de AI, llamado *“Más Derechos, los mismos obstáculos. La protección efectiva de los Derechos Humanos de las mujeres un año después de la plena entrada en vigor de la Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género”*, de Junio de 2006, en la que se pone de manifiesto que “a pesar de la acogida positiva que tuvo el informe *Más allá del papel* por parte de las autoridades españolas, que sostuvieron reuniones con AI la semana

⁴⁵¹ como la Ley indica en materia de Educación, propone instar a los colegios a la enseñanza de Igualdad, así aparece una noticia en el periódico *De Gratis*, de la semana del 17 al 23 de noviembre de 2006, en el que un colegio de un pueblo cercano a Salamanca, Villamayor, en el colegio “Piedra de Arte” concretamente, se ha puesto esa misma semana en marcha un programa que tiene como “objeto la promoción de la igualdad de género... además de concienciar y sensibilizar a los escolares sobre la necesidad e importancia del cambio de roles y estereotipos establecidos en función del género”. Dicho proyecto de igualdad está destinado a alumnos de entre 8 y 12 años.

posterior a su presentación, la organización pudo detectar escollos a la hora de paliar algunos de los importantes obstáculos detectados. Un ejemplo de falta de voluntad política se refiere a la situación de vulnerabilidad y discriminación añadida de las inmigrantes indocumentadas víctimas de violencia de género. El 25 de noviembre de 2005, AI hizo público un informe en el que mostraba honda preocupación por decisiones del Gobierno español, tomadas en desarrollo de la *Ley Integral*, que no sólo no paliaban la situación de desprotección y discriminación que sufría este colectivo con anterioridad a la aprobación de la citada ley, sino que venían a agravarla⁴⁵²”. Más adelante haremos una propuesta más detallada de las mejoras que podrían llevarse a cabo para una mayor efectividad de la misma. También el último de los informes que AI ha esbozado en relación a los tres años de vigor de la ley en julio de 2008, titulado “*Obstinada realidad, derechos pendientes. Tres años de la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*”; en el que la ONG pone de manifiesto su descontento en la evaluación de los datos, ya que los homicidios lejos de desaparecer, se han incrementado: “Amnistía Internacional ha mantenido motivos de preocupación en los últimos tres años, bien por la falta de puesta en práctica de medidas contempladas en la Ley, bien por la inadecuación de las mismas, o en razón de una falta de disponibilidad o accesibilidad de los recursos dispuestos por la Ley.”

Según el avance que hemos ido haciendo en el tipo de violencia familiar, comprobamos que el legislador desde 1989, ha ido incrementando el ámbito subjetivo del tipo penal, a la par que ha ido criminalizando conductas de menor entidad con penas cada vez mayores, hasta llegar al año 2004, en el que dicha situación se hace insostenible pues, además de elevar conductas aceptadas como falta, (como pueden ser amenazar o coaccionar de forma leve a otro), a la categoría de delito, justifica ese adelanto de las barreras de protección del Derecho penal al hecho de que sea un hombre, el que las lleve a cabo sobre su mujer.

Estamos de acuerdo en que el hecho criminológico no cesa, y que el valor que el tema está alcanzando desde el punto de vista social (política Criminal) suscita cada vez mayor interés del legislador, lo cual desencadena este tipo de legislación con pretensiones de ser cada vez más “eficaz y menos garantista”. La proporcionalidad entre

⁴⁵² Dicho Informe puede encontrarse en www.es.amnesty.org .

el hecho delictivo en este caso concreto del artículo 153, (las amenazas y coacciones leves del hombre contra su pareja femenina), y la pena (incluso de cárcel) que para ella se estima, ocasiona un choque con un Derecho Penal del hecho, lo que para muchos es inconcebible en pleno siglo XXI.

III. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Vista la necesidad legislativa en España⁴⁵³ de una regulación especial que se haga cargo de las situaciones de desigualdad entre hombres y mujeres, la situación en la actual regulación es un tanto dispar. Atendiendo al tipo de violencia que se ejerce podemos hacer el siguiente análisis en aras a facilitar su estudio en los capítulos que siguen;

Por un parte, en el código penal en el ámbito particular de protección del “género” y de lo “doméstico”, la doctrina distingue al menos dos fracciones⁴⁵⁴; A) Por una parte las violencias físicas, en las que se encuentran los artículos 148. 4 y 5 dentro de los delitos de lesiones, también las conductas de maltrato constitutivo de delito del art. 153.2, y por último el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico del art. 173.2 y 3 CP y; B) Por otra parte las violencias psíquicas, en las que se engloban diversos artículos que afectan a diversos bienes jurídicos ordenados sistemáticamente en el código penal. En primer lugar la protección de los malos tratos del art. 153.1, pero también la protección contra las amenazas del art. 171 en sus apartados 4 y 5. De igual manera resaltar las coacciones del art. 172.2, al igual que la protección contra las vejaciones leves recogidas en el art. 620.2 y por último, pero no por ello menos importante, el art. 173.2 y 3 relacionado con la violencia habitual en el ámbito familiar⁴⁵⁵.

Sin embargo, entendemos aquí que en vez de dividir en base a las características tan solo de la conducta, debemos hacerlo no sólo en base a ellas, sino también en función

⁴⁵³ Más información acerca de la justificación del delito en ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 59-67.

⁴⁵⁴ RUBIO LARA, P. A.; “Violencia de género y derecho penal: hacia una correcta y completa formulación del carácter integral de la tutela penal de la violencia de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 93, Edersa, 2007, p. 157-159.

⁴⁵⁵ RUBIO LARA, P. A.; “Violencia de género y derecho penal: hacia una correcta y completa formulación del carácter integral de la tutela penal de la violencia de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 93, Edersa, 2007, p. 157-159.

de los distintos destinatarios y del ámbito de referencia; en definitiva, distinguir la violencia cuasi-doméstica de la violencia de género, y a ello dedicaremos los siguientes capítulos.

Por eso desde 2004 se abren dos vías de solución en España, dos caminos para regular el fenómeno de la violencia dentro del hogar; siguiendo la explicación de LAURENZO COPELLO, cuando una mujer es agredida- de forma física o verbal- por su pareja actual o pasada, el Derecho penal despliega dos niveles de protección superpuestos que responden a fundamentos diferentes: a) en el caso del art. 173.2 CP el fundamento estaría en la posición objetiva de vulnerabilidad del sujeto pasivo derivada de la propia relación familiar⁴⁵⁶; y b) en el caso del art. 153.1 CP el fundamento de la punición estaría, no en la especial vulnerabilidad de la víctima, y menos en la voluntad de dominio del autor, sino “en la mayor exposición al riesgo de sufrir violencia derivada del propio sexo de la víctima- de su condición de mujer-⁴⁵⁷“. Este punto será objeto de desarrollo en el capítulo IV de este trabajo.

En resumen, podemos decir que estos dos caminos existentes en la actualidad se dividen en varias figuras delictivas. Dentro de la violencia cuasi-doméstica podemos distinguir los malos tratos habituales del 173.2 CP que es el eje, pero también los malos tratos ocasionales del 153.2 y las amenazas leves con armas del 171.5 CP (que van referidas a los sujetos descritos en el art. 173.2 CP exceptuadas las mujeres que entrarían dentro de la violencia de género). Y dentro de la violencia de género se encuentran los delitos de las agravantes de género reformados en 2004, es decir, aquellas conductas que reservan una pena diferenciada cuando se trata de las mujeres-pareja, esto es, los artículos 148.4, 153.1, 171.4 y 172.2 del CP y de alguna manera también el art. 468.2 CP. A ello nos referiremos en los capítulos que siguen.

⁴⁵⁶ LAURENZO COPELLO, P.; “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006, p. 346-347.

⁴⁵⁷ Ídem., p. 348

Reflexión final

Desde finales del s. XX, a nivel internacional comenzaron una serie de campañas auspiciadas sobre todo por las Naciones Unidas, y que trataron de concienciar a los diferentes Gobiernos acerca de la necesidad de una protección real y efectiva de la población femenina que, desde antiguo, venía soportando una subordinación a la masculina. Las Convenciones celebradas bajo su auspicio, resultaron de carácter vinculante para todos aquellos países miembros que las ratificaron, entre ellos España.

En realidad, el debate en torno a la regulación de la violencia contra las mujeres comenzó en España algo desenfocado. Desde el año 1989 se tipificó como delito el ejercicio habitual de violencia física sobre el cónyuge, hijos y demás personas que convivían en el ámbito doméstico, aunque con el fin político-criminal último de proteger a las mujeres, pues la introducción de este delito trató de hacer frente a unas estadísticas publicadas por el Ministerio del Interior en 1984 que pusieron de manifiesto la existencia de un elevado número de denuncias de mujeres maltratadas. Pero no ha sido hasta 2004 cuando este fin último de protección de las mujeres se ha fraguado a través de una regulación que hizo viable una visión de género, en la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, en la que se adoptan además de medidas penales, medidas de tipo social, educativo, asistencial, etc., para combatir esta forma de discriminación a las mujeres.

Por tanto, en España, la violencia habitual (más conocida como violencia doméstica) comienza a regularse en el código penal a raíz de una reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio. Hasta entonces la única referencia que hacía el Texto Refundido de 1973 era en la falta contra las personas del art. 583 CP. Esta falta regulaba los malos tratos de los maridos sobre las mujeres y el art. 425 de 1989 pasa a regular el ejercicio de violencia física habitual con cualquier fin sobre el cónyuge, ubicado en la rúbrica de las lesiones. Es un delito que puede perseguirse de oficio. Contiene un elemento en el tipo objetivo, indispensable para hablar de malos tratos habituales, que es la habitualidad. Con la llegada del código penal de 1995 se exigirá que la relación sea estable, amplía los sujetos pasivos, suprime la expresión *con cualquier fin*, añade una cláusula concursal e incrementa la pena privativa de libertad. La mayor crítica es que no añade la violencia psíquica que desde 1993 las Naciones Unidas venían exigiendo.

Es a partir de 1999 cuando comienzan a castigarse también las violencias psíquicas en este tipo de injusto. El detonante en los cambios de 1999 fue el caso Ana Orantes, comienza una nueva era en el tratamiento mediático del fenómeno, y a partir de entonces se recogerán en las páginas de sociedad todos los casos de violencia que acontecen en nuestro país. Algunas instituciones comiezan a exigir una mejor interpretación de algunos elementos del delito que venían reduciendo en la práctica la violencia doméstica habitual a la faltas de lesiones, así la FGE proponía que la habitualidad fuere interpretada como parte de la acción y no del sujeto. El Defensor del Pueblo recalca su interpretación en un sentido criminológico-social, refiriéndose a toda acción repetida en el tiempo con o sin condenas previas. A través de la LO 11/1999 comienza a regularse en el art. 57 CP la pena accesoria de alejamiento, cuya aplicación es potestativa para el juez. Y a través de la LO 14/1999 se reforma el art. 153 CP introduciendo la violencia psíquica, la perseguibilidad de oficio se extiende a las faltas de violencia y se define ampliamente la habitualidad en el propio precepto de la siguiente manera; *para apreciar la habitualidad se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

Resaltamos de 2003 la Orden de Protección, resultando ser un primer intento de regulación integral del fenómeno que aúna medidas civiles, penales y sociales. Y de manera especial destacamos el contenido predispuesto por la LO 11/2003 de 29 de septiembre de *Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*; como es de sobra conocido el año 2003 fue un año intenso de reformas al código en el que la idea de seguridad, derivada del sentimiento social creado tras los ataques terroristas de 2001 que alumbró las políticas públicas y entre ellas, de manera especial, la política criminal haciendo especial hincapié en los delitos de terrorismo⁴⁵⁸. Esta situación incide directamente en el problema de la violencia doméstica porque ésta también se conoce por los medios de comunicación como terrorismo doméstico o terrorismo de género, motivo por el que

⁴⁵⁸ Para ello se puede consultar la LO 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que eleva hasta 40 años la pena privativa de libertad, art. 76, d) CP y 78 CP.

también fue materia de endurecimiento penal. A raíz de entonces comienzan a castigarse además de las violencias habituales las violencias ocasionales, es decir, los menoscabos psíquicos, lesiones no definidas como delito en el código o los maltratos sin lesión, y todo ello en base a la creencia de que esas primeras conductas constituyen el primer aviso del agresor como futuro maltratador⁴⁵⁹.

Pero además, desde el año 2003 se incluyen muchos sujetos pasivos que desbordan el ámbito doméstico, por ejemplo aquella que los guardadores de centros públicos o privados llevasen a cabo sobre sus protegidos. Por tanto se desborda el ámbito doméstico y el familiar, motivo por el que preferimos utilizar el término de violencia cuasi-doméstica o cuasi-familiar. Además desde ese entonces, venimos echando en falta la inclusión, junto al elenco de penas⁴⁶⁰, de la inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio de la profesión. En la investigación la clave está en no identificar la primera denuncia con un acto de violencia, sino indagar si detrás de ésta se encuentra una situación de violencia habitual. La LO 15/2003 retoca el art. 57 y obliga al juez a aplicar el alejamiento en todo caso cuando se trate de las personas relacionadas con el ámbito doméstico. Además introduce la pena de localización permanente en el art. 620 CP exigiendo que se cumpla en lugar diferente y alejado del domicilio de la víctima.

Fue en el ámbito internacional donde comenzó a diferenciarse la violencia de género, como un tipo de violencia distinta a la del ámbito doméstico. El concepto violencia de género utilizado en la LO 1/2004 hace referencia a un fenómeno que va más allá del ámbito familiar, pero que se centra en la pareja, sin importar tanto el espacio en el que se manifieste la violencia, y más en el vínculo que comparten víctima

⁴⁵⁹ Informe sobre la violencia doméstica de la Comisión de estudios e informes del CGPJ aprobado por el Pleno del 7 de febrero de 2001”, en Actualidad Penal 2001 núm. 16, CP 107. Ideas que provienen de este Informe del CGPJ que se comenzó a redactar en 1999 y que finalmente vio la luz en 2001 en el que el citado órgano de gobierno de los jueces establecía que “la experiencia acumulada en los últimos años demuestra que, con frecuencia, las primeras agresiones que se producen en una misma familia, aparentemente carentes de verdadera gravedad por la inexistencia de un resultado material lesivo físicamente apreciable, son por ello calificadas inmediatamente como faltas, no adoptándose al respecto medida cautelar alguna en relación con el agresor, y tampoco otro tipo de medidas de protección de la víctima. Sin embargo, en muchas ocasiones, estas primeras agresiones, sólo en apariencia desprovistas de gravedad, llevan en sí el germen de la violencia”.

⁴⁶⁰ Se contemplan las penas de prisión, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

y agresor. Lejos de alcanzar el propósito inicial de medidas integrales, lo que se ha conseguido, ha sido nuevamente acudir al Derecho penal para resolver la situación. La Ley Integral trae consigo un nuevo tipo de delito, el de violencia de género, con el que parte de la doctrina y de la jurisprudencia no está conforme, basado en diferentes conductas que dentro del hogar un hombre puede ocasionar a su mujer.

Resulta lógico pensar que si el castigo que merece una amenaza leve, o una bofetada, se equipara a la pena que merece una lesión más grave, el agresor, va a preferir la más grave, resulta por tanto importante no perder de vista la función del principio de proporcionalidad. Por eso, en este capítulo hemos tratado de describir de una manera más o menos objetiva, la regulación penal dada al problema, y será a partir de este capítulo cuando hagamos un análisis crítico a los tipos penales y a la Política Criminal de género que ha alumbrado tales delitos.

El debate creado (en España) acerca de la necesidad o no, o más bien de la constitucionalidad o no, de un delito específico de violencia de género ha abierto dos frentes de debate, los que se postulan a favor basándose en el art. 9.2 CE, y los que se oponen a su tipificación alegando como argumento principal que tras esta regulación se esconde un Derecho penal de autor. Debate que se creía zanjado desde el año 1983, cuando se produjo en España la reforma que introdujo en nuestro Derecho penal el principio de culpabilidad y con ello el Derecho penal del hecho. En verdad que en esta última reforma de 2004, queda reflejada una voluntad retributiva más que una voluntad política acorde a los parámetros de un Derecho inserto en un Estado democrático, pero ello no implica que estemos ante un Derecho penal de autor como tendremos ocasión de comprobar. Las garantías más básicas que fundamentan y sostienen nuestro sistema democrático, se están viendo desbordadas por la presión mediática a la que estamos siendo sometidos diariamente, la cual está eclipsando la propia lógica de los postulados democráticos. Los parámetros y directrices propios de la Democracia están siendo retocados por una voluntad de hierro cada vez más castigadora, que pide más pena para los agresores domésticos.

Habrá que virar hacia nuevas perspectivas si nuestro propósito realmente es acabar con este problema social. La realidad demuestra que es en el terreno educativo, como control social, donde habrá que poner todos los medios de los que el Estado y la

sociedad dispongan para intentar cambiar unos hábitos que son tan antiguos como la Sociedad misma. Es todavía evidente hoy, la tensión existente entre costumbre y Derecho en esta materia. La costumbre, según viene siendo nuestra experiencia, no es fácilmente derrocable por la Ley, por lo que habrá que apostar por la educación como arma que acabe con la violencia en nuestros hogares, una educación en igualdad, es decir en medidas preventivas pues el Derecho penal actúa una vez que el daño ya se ha realizado. Pero esta es una tarea no fácil en plena crisis del Estado del Bienestar.

Los problemas de aplicación y la confianza en el Derecho penal para la solución de un problema social de este calado serán puestos de manifiesto a lo largo del resto de capítulos de este trabajo.

CAPÍTULO III

EL DELITO DE VIOLENCIA FÍSICA Y PSÍQUICA HABITUAL EN EL “ÁMBITO DOMÉSTICO O CUASI-DOMÉSTICO” (ART.173.2 CP)

En el anterior capítulo se expuso de manera general la solución penal y evolución de los delitos relativos a la violencia doméstica hasta llegar a la regulación de la violencia de género. El legislador penal español desde el principio tuvo la idea de combatir la violencia contra las mujeres por sus características especiales, sin embargo acabó centrándose en el ámbito en el que discurrían estos hechos. Es lo que tradicionalmente hemos denominado delito de violencia doméstica o violencia habitual y cuyo análisis dogmático será objeto de estudio en este capítulo. Actualmente se encuentra regulado en el art. 173.2 CP dentro de los delitos de tortura y contra la integridad moral, y preferimos referirnos a él como violencia cuasi-doméstica por el amplio elenco de sujetos pasivos que recoge y que excede el ámbito doméstico. Haremos un análisis de los principales elementos y fundamento, haciendo especial mención a la habitualidad exigida, los sujetos intervinientes y al bien jurídico objeto de tutela.

I. EL ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

1. FUNDAMENTO

Uno de los sucesos que promovió la entrada en vigor del delito de violencia doméstica como vimos, fue la publicación (por el Ministerio del Interior) en 1984 de las estadísticas de mujeres maltratadas que habían presentado denuncia. Datos que los grupos o lobbies de mujeres (como ahora se les denomina) reclamaron ante el legislador aprovechando la coyuntura para demostrar la no respuesta específica que otorgaba el Derecho penal ante estos hechos. Estos grupos de presión consideraban que existía una laguna de impunidad que hacía que los golpes y humillaciones cometidas bajo la protección familiar (sobre todo hacia las mujeres), saliesen demasiado bien paradas en términos penales, empujado además por la falta de motivación en el cese de estos comportamientos, socialmente legitimados.

En verdad, tan sólo de manera minoritaria se criticó la aparición de este delito, bien argumentando que ya existían figuras delictivas generales en las que enmarcar esas

conductas acontecidas en el ámbito doméstico a las que se debería aplicar la agravante de parentesco⁴⁶¹ o, bien estimando que con la creación de un nuevo tipo delictivo de lesiones no se podría combatir un problema social, en vista del fracaso que con carácter general, este tipo de políticas legislativas había tenido a lo largo de la historia⁴⁶².

Tras el análisis que hicimos en el capítulo II de este trabajo, queda suficientemente demostrado que ha ganado ampliamente el sector que se decantaba a favor de la tipificación de estas conductas, pues en estos últimos escasos veinte años hemos asistido a ocho reformas (penales) que directa o indirectamente han tenido incidencia en la materia penal. El debate en torno a la creación de este delito se consolidó en dos direcciones sobre las que parecieron confluír la mayoría de la doctrina y jurisprudencia encontrando en cada caso una justificación material distinta que legitimase la aparición de este tipo de injusto, pero justificando su aparición en cualquier caso. Por tanto, una vez superado el debate inicial acerca del sentimiento de necesidad o no de un tipo específico desligado del genérico de las lesiones, lo que procede es analizar si en realidad esta nueva figura penal se constituye como un delito agravado ideado simplemente en virtud de una repetición cierta y sistemática de las faltas de malos tratos o, si por el contrario se constituye como tipo autónomo del resto de delitos que conforman el código penal. Se trata de comprobar si es sólo la repetición la que convertiría la falta de malos tratos en delito o si se establecen más diferencias respecto de la falta de maltrato que harían de este tipo penal un delito autónomo.

⁴⁶¹ CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género” en MIR PUIG, S, CORCOY BIDASOLO, M. (Directores) en *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, 2006, p. 152; la autora resalta que “el legislador, aparentando una voluntad de mayor protección de este ámbito, en base a la presunta existencia de lagunas de punibilidad, crea unas construcciones legales de difícil aplicación práctica cuando existen delitos clásicos, como los mencionados, que sirven perfectamente para perseguir estas conductas denominadas malos tratos o violencia familiar.” Críticamente también NÚÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 132 “lo más correcto hubiera sido establecer una cualificación bien genérica, bien específica de cada uno de los tipos delictivos involucrados, basada en la habitualidad de este tipo de comportamientos, que, junto con la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco en su aspecto de agravante, permitirá una elevación de las penas aplicadas a estos casos”.

⁴⁶² BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, 2.a edición aumentada, corregida y puesta al día. Ed. Ariel, Barcelona, 2ª ed. 1991. p. 64. Sostiene que con esta nueva incorporación se ha buscado una fácil huída al derecho penal, alegando en base a la experiencia, que los tipos legales de lesiones han fracasado cuando con ellos se ha pretendido solucionar ese tipo de circunstancias sociales.

La mayoría de la doctrina como ahora nos disponemos a demostrar, se ha decantado por la primera de las opciones expuestas alegando que en realidad no estamos ante un tipo autónomo propiamente dispuesto en virtud del bien jurídico o de las conductas tipificadas, sino ante un delito creado en virtud de la habitualidad con que se realizan determinadas faltas de malos tratos, llegando a identificar la falta como tipo básico y, el delito como tipo agravado, no siendo por tanto la mayor gravedad de los malos tratos la razón de su incriminación sino su repetición habitualmente ejercida. El sector doctrinal que establece la justificación de este ilícito en base a la cualificación de la falta de malos tratos estuvo encabezada por BERDUGO quien sostuvo que materialmente el delito suponía una cualificación de la falta por la concurrencia de tres rasgos: el vínculo entre el sujeto activo y pasivo, el empleo de violencia física, y la habitualidad en el ejercicio de la violencia⁴⁶³. Muchos autores siguieron esta línea argumentativa al fundamentar el nuevo tipo penal en la baremación de la práctica habitual de faltas de maltrato entendiendo por tanto este delito como una cualificación de la falta de malos tratos⁴⁶⁴. Por lo tanto, en realidad este delito se constituiría como “una cualificación de la falta del art. 582 del Código Penal, determinada por la concurrencia de específicos elementos o requisitos⁴⁶⁵”, por ello era la suma de esas faltas la que daba lugar al delito, pues de concurrir tan solo una de esas agresiones realizada ocasionalmente, daría lugar a la pena de una infracción leve⁴⁶⁶.

A partir de la reforma de 1999 con la introducción de la violencia psíquica MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS propuso una interpretación del delito de violencia doméstica en vez como un tipo agravado de la falta de maltrato, “como un tipo agravado

⁴⁶³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Delitos contra la salud personal: las lesiones”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Coord.), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; GARCÍA ARÁN, M.; *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 104

⁴⁶⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A.; NAVAS CÓRDOBA, J. A.; “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer” en *Actualidad Penal*, núm. 9, 28 de febrero a 5 de marzo de 2000, p. 184-186. De la misma opinión ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 77 y 78 donde asegura que ese tándem se rompe a partir de la reforma de LO 14/1999. Igual que DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.; “Cuestiones concursales en el artículo 153 del código penal”, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002. p. 325.

⁴⁶⁵ ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J.; “Malos tratos habituales en el ámbito familiar”, en *Delito de lesiones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 143

⁴⁶⁶ OLMEDO CARDENETE, M.; “Artículo 153”, en COBO DEL ROSAL, M.; *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1999, p. 438-439.

contra la integridad moral por la reiteración de la conducta y por la relación cercana con la víctima⁴⁶⁷”. Esta última opción toma más fuerza con el cambio de rúbrica que el delito experimentó en el 2003 pasando de las lesiones a los delitos contra la integridad moral, se argumenta que el mayor desvalor que merecen las conductas integradas en el art. 173.2 CP se debe a que la lesión al bien jurídicamente protegido es cualitativa y cuantitativamente superior a la lesión que pueda producirse en los tipos de lesiones, malos tratos de obra, amenazas o coacciones frente a las cuales el 173.2 se eleva como especie agravada⁴⁶⁸. Podemos advertir que efectivamente el delito de malos tratos habituales trae causa de la falta de malos tratos como vimos en el capítulo I, pero falta por ver si en la evolución se ha mantenido ese espíritu de origen o si por el contrario el legislador ha variado tal tendencia con la introducción e interpretación de elementos nuevos.

CANCIO MELIÁ siguiendo la doctrina mayoritaria afirma que no estamos ante un delito de lesiones en sentido estricto sino un supuesto agravado de la falta de malos tratos⁴⁶⁹. Igualmente BECHIARELLI sostiene que el delito de malos tratos, se genera fruto de la conversión de una prosecución de faltas de vejación injusta leves (del art. 620.2 CP)⁴⁷⁰. Algunos autores por tanto han llegado a la conclusión de que en realidad esta conducta es un tipo agravado de la correspondiente falta en base a la habitualidad y los sujetos, por ello es que no se justifica en realidad la creación de un tipo autónomo⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.; *La violencia doméstica, análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001, p. 194

⁴⁶⁸ DEL ROSAL BLASCO, B.; “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en COBO DEL ROSAL, M.; *Derecho Penal español. Parte Especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las reformas*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 222-223. El mismo autor, en “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar” en LATORRE LATORRE, V. (Coord), en *Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*. Tirant LoBlanch, Valencia, 1995, p. 159, afirma que ya desde la tipificación del art. 425 contaba con una suficiente justificación político-criminal.

⁴⁶⁹ CANCIO MELIÁ, M.; “Las Lesiones II”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Director), *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Volumen I*, Colección Ceura, Madrid, 2003, P. 426. De la misma opinión CUADRADO RUIZ, M. A; REQUEJO CONDE, C.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar” en *La Ley, Año XXI, Núm. 5072, viernes 9 de junio de 2000*, p. 2.

⁴⁷⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 268-269.

⁴⁷¹ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 113.

Pero también desde el inicio de su tipificación, aunque de manera minoritaria, hubo quien consideró este delito como autónomo. El sector que estima que en realidad el tipo de violencias habituales en el ámbito familiar se constituye como un delito autónomo está encabezado por CUELLO CONTRERAS quien se pronunció acerca de la filosofía que obedecía al nuevo delito, estableciendo que no era la pluralidad de conductas sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, que es la permanencia en el trato violento, lo que convertía la falta en delito autónomo⁴⁷². En un mismo hilo argumental GRACIA MARTIN lo consideró un tipo autónomo en razón de sus fundamentos materiales y de su orientación político-criminal, configurándolo técnicamente como un delito de peligro abstracto⁴⁷³. En posteriores reformas DOLZ LAGO explicaría que la mayor gravedad de una conducta reiterada encuentra su reproche a través de diferentes instrumentos jurídicos, bien mediante una nueva conducta (un delito penal autónomo) o mediante una circunstancia agravante y, que en esta ocasión el legislador había optado claramente por la primera de las opciones apostando por un delito autónomo⁴⁷⁴. CUENCA i GARCÍA también se une a esta tendencia basándose sobre todo en el argumento de la existencia de la cláusula concursal y en que en este caso, a diferencia de las lesiones, no se exige resultado alguno⁴⁷⁵. El argumento que esgrime GARCÍA ARÁN es más práctico y es que el art. 173.2 debe considerarse como un delito autónomo del resto de delitos de lesiones porque en definitiva será la mejor solución al no solaparse el delito habitual con el de

⁴⁷² CUELLO CONTRERAS, J.; “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, nº. 32, Diciembre 1993, Consejo general del Poder Judicial, p. 9-11

⁴⁷³ GRACIA MARTIN, L.; “De las lesiones”, en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTIN (Coord). *Comentarios al código penal. Parte Especial I. Título I a IV y faltas correspondientes*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 426.

⁴⁷⁴ DOLZ LAGO, M. J.; “Violencia doméstica habitual: mitos y realidades”, en *La Ley*, Año XXI, diario núm. 5047, de 5 de mayo de 2000, p. 3. De igual forma CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm. 33, Marzo 1994, Consejo General del Poder Judicial, p. 49 “no como una agravación de la figura base, sino como una conducta específica”. La misma opción que GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en *Estudios penales y criminológicos XXV*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 74 quien también rechecha la opción de que el legislador haya optado por una agravante. Igualmente. CALDERÓN CERREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*. 1999, p. 640, para quienes estaríamos ante un delito específico y autónomo dentro del título dedicado a las lesiones.

⁴⁷⁵ CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, p. 15.

lesiones del art. 147.1 II⁴⁷⁶ con el delito de violencia doméstica habitual del 173.2 CP⁴⁷⁷. Por su parte RODRIGUEZ RAMOS sostiene que es la nota de permanencia en el trato violento “donde radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la mayor presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las valoraciones propias de cada acción individual⁴⁷⁸”, es decir, podríamos decir que captan estos autores un especial desvalor en esta conducta porque recogen la exposición continuada al riesgo que tiene la víctima de sufrir violencia.

También por parte de la Jurisprudencia⁴⁷⁹ se ha justificado la existencia del delito como tipo autónomo, alegando que en realidad el delito que tratamos consta de una conducta penal autónoma dentro del texto punitivo, independiente de las concretas agresiones físicas, constitutiva del delito o falta de lesiones o de la falta de malos tratos, etc⁴⁸⁰.

Sin embargo hay posturas eclécticas, es decir, algunos autores han establecido que en su origen éste era una especie agravada de la falta de malos tratos pero que, en su evolución legislativa ha acabado convirtiéndose en un delito autónomo⁴⁸¹, opinión a la que nos adherimos. Desde una perspectiva histórica el delito de malos tratos comienza su andadura penal reflejado en el art. 425 CP y muy íntimamente relacionado con la falta de malos tratos del entonces art. 582 CP pero en su evolución legislativa se añaden las violencias psíquicas, las definiciones de elementos como el de habitualidad o

⁴⁷⁶ **Art. 147.1 II CP:** “Con la misma penal será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art 617 de este código”.

⁴⁷⁷ GARCÍA ARÁN, M.; “Art. 153” en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 120.

⁴⁷⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord), *Código Penal. concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 2005, p. 388.

⁴⁷⁹ SAP Córdoba (Sección 2ª), Sentencia núm 9/1999 de 12 de febrero, en donde se establece que “no es estrictamente la pluralidad la que convierte la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo”.

⁴⁸⁰ En concreto la SAP Barcelona (Sección 2ª), sentencia núm. 976/2002 de 4 de noviembre.

⁴⁸¹ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, núm. 5, Julio de 2000, p. 19.

también la cláusula concursal. A partir del 95 el legislador advierte la necesidad de establecer una cláusula concursal, en el sentido de que en caso de producirse a través del maltrato, resultados de más amplia envergadura poder acudir al concurso en aras a establecer su penalidad. Por tanto, lo que empezó siendo un tipo agravado de la falta de malos tratos en base a la habitualidad ha acabado por ir definiendo sus elementos típicos hasta pasar a configurarse un tipo autónomo en el que el bien jurídico, sus relaciones con el resto de conductas (cláusula concursal) y, los sujetos intervinientes (que son más que la redacción primera), etc, parecieran definirlo como autónomo al resto de delitos y, porque responde a una filosofía y un injusto diferenciado como veremos. Todos estos datos serán los que analicemos uno a uno a continuación, en donde se mencionará cada elemento del tipo penal objetivo y subjetivo de las conductas de maltrato habitual.

2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

2.1. TIPO OBJETIVO

2.1.1. Conducta típica

2.1.1.1. Activa

Resulta curiosa la manera en que actualmente en el ámbito de los medios de comunicación, incluso académico, nos referimos a este delito como delito de malos tratos en el ámbito doméstico cuando realmente en el tipo penal lo que se establece literalmente es el “ejercicio de violencia física y psíquica” sin que en este sentido se especifique de ninguna manera en qué consistiría en realidad un maltrato, y sin que ni siquiera se utilice el verbo maltratar, sin duda tal denominación es un vestigio de la antigua falta. Y además como tendremos ocasión de comprobar, su círculo protector ha acabado por sobrepasar el ámbito doméstico, al alcanzar por ejemplo, a personas que trabajan como cuidadores en residencias de niños y ancianos.

Hay quienes entienden que la palabra maltrato conlleva justamente esa habitualidad que se exige en esta figura penal y se distingue en el resultado y que un acto aislado de violencia no produce; el maltrato implica una repetición de conductas⁴⁸²,

⁴⁸² CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm. 33, Marzo 1994, Consejo General del Poder Judicial, p. 57

aspecto que será resaltado en el momento que analicemos la habitualidad concreta exigida por este tipo penal. Adelantamos sin embargo que a juicio de otros autores el tipo base del trato degradante que se constituye en el art. 173.1 CP no exige esa habitualidad porque en realidad para estimar un trato degradante no hacen falta varios comportamientos en ese sentido, sino que una única conducta puede llevar toda esa carga lesiva o “intensidad” que en el tipo se exige⁴⁸³.

Como ya vimos, el “ejercicio de violencia física o psíquica habitual” que se establece actualmente pasó mediante reforma de LO 11/2003 de 29 de septiembre⁴⁸⁴ a formar parte de la rúbrica destinada al Título VII del CP perteneciente a los delitos relativos a “las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, aspecto éste que tendría consecuencias importantes en materia de bien jurídico y en sede de concursos. Sin embargo la conducta viene a ser la misma que hasta entonces se regulaba en el anterior art. 153 (de 1999) y que se ubicaba en la rúbrica de las lesiones, por eso la cuestión del bien jurídico será un aspecto a resaltar debido a la importancia de descifrarlo en aras a descifrar la construcción del delito en general.

Además, con carácter general, la suma del desvalor de la acción y del desvalor del resultado determinará la pena necesaria que responda a esa conducta, será en un estadio posterior donde analicemos justamente la medición de esos desvalores en el caso concreto y que determinarán la cantidad de pena a imponer.

⁴⁸³ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.; *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 43-44 “en mi opinión, aunque el término trato significa relacionarse con otra persona, lo que permite interpretar que exige una repetición de actos, el trato degradante no requiere la habitualidad, ya que el término “trato” debe entenderse como una referencia a la intensidad de la situación de humillación o envilecimiento y no la frecuencia temporal, lo que no impide que en algún caso sea la repetición de la conducta lo que determine la gravedad del atentado a la integridad moral”. De la misma opinión CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación”; en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Coords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 268 “ni el tipo exige sucesión alguna de actos, ni tiene fundamento que los ataques a la integridad moral supediten su antijuridicidad a la frecuencia con que se cometen”.

⁴⁸⁴ Para MUÑOZ CONDE, tras dicha reforma el art. 173.2 carece de sentido, pues una vez convertidas las lesiones, los malos tratos de obra y los golpes en delito (art. 153) “no parecería necesario ampliar aún más el ámbito de intervención penal”, se puede consultar su opinión en *Derecho Penal. Parte Especial*, Décimo quinta edición revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 187.

A) Ejercer violencia física (habitualmente)

En principio el verbo *ejercer* (violencia) evoca una acción y, es un verbo que se traduce como golpear o causar “cualquier agresión o maltrato de obra⁴⁸⁵”, incluso puede traducirse como aquella conducta que trata de “imponer las propias razones mediante el empleo de medios violentos tendentes a doblegar cualquier voluntad disidente⁴⁸⁶”.

La expresión “ejercer violencia” resulta ambigua en el momento en que intentamos derivar de ella una obligatoriedad o no de resultado material distinto a la propia acción para la consumación del tipo. Lo que sí parece certero es augurar que en todo caso se exigirá un mínimo de entidad a la conducta que alcance la categoría de violencia, así al menos las conductas deben ser constitutivas de falta, o así lo entiende la jurisprudencia cuando afirma que “la violencia física y psíquica a la que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados.... Por ello la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia... constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivos de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato⁴⁸⁷”. Sin embargo la diferencia clave respecto de los delitos de lesiones tradicionales es que en este caso, no se exigirán los requisitos típicos objetivos que de aquel derivan como son la necesidad de una primera asistencia facultativa y de un tratamiento médico quirúrgico.

Estos actos de violencia física pueden ir desde una falta de maltrato hasta un asesinato⁴⁸⁸, por tano en principio rechazamos que pueda equipararse a los requisitos que se exigen en el relativo a las lesiones. Además la violencia a la que hace referencia el legislador debe consistir en “ejercer” pero no tiene por qué emanar del cuerpo del

⁴⁸⁵ ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J.; “Malos tratos habituales en el ámbito familiar”, en *Delito de lesiones*, Aranzadi ed., Pamplona, 1993, p. 145.

⁴⁸⁶ MARCHENA GÓMEZ, M.; *La reforma y actualización del Código Penal (LO 3/1989 de 21 de junio)*, Las Palmas de Gran Canaria, ISCE, 1989, p. 73.

⁴⁸⁷ STS 1159/2005 de 10 de octubre, en el FJ. 4

⁴⁸⁸ FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R.; “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 102.

autor, sino que el mismo puede aprovechar la fuerza extraña para acometer el ejercicio de violencia, en el sentido por ejemplo, de un animal doméstico⁴⁸⁹.

B) Ejercer violencia psíquica (habitualmente)

Más fácil resultaba afirmar que el verbo denotaba acción cuando tan sólo en el tipo constaban las violencias físicas, traduciéndolo como “un acometimiento o agresión sobre el cuerpo del sujeto pasivo (*vis corpori afflicta*)⁴⁹⁰”, aunque ciertamente también de los comportamientos constitutivos de violencia física puedan derivar perjuicios para la salud psíquica⁴⁹¹. Cuando se incluyen los daños psíquicos en el tipo a raíz de la reforma operada por LO 14/1999 como vimos en el capítulo II de este trabajo, ya de *lege data* el sentido que adquiere “el concepto de ejercer es más amplio y se podría interpretar más bien en el sentido de ejercitar o repetir muchos actos de violencia⁴⁹²”, siendo posible el menoscabo de la integridad psíquica sin necesidad de proyectar la agresión sobre la superficie corpórea del sujeto pasivo del delito⁴⁹³, dejaban por tanto (en la reforma de 1999) de ser atípicos ciertos comportamientos “peligrosos” o que ponían en riesgo la integridad o la salud de la víctima como gritos, descalificaciones o humillaciones constantes, conductas con un componente de lesividad que, sin causar lesiones físicas aparentes terminan por minar y cosificar la personalidad de quien lo padece y que, no tienen por qué derivar en una lesión que requiera para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico⁴⁹⁴. Por

⁴⁸⁹ GRACIA MARTIN, L.; *Comentarios al código penal. Parte Especial I. Título I a IV y faltas correspondientes*, en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTIN (Coord). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 465. Resulta interesante esta distinción cuando vayamos a analizar las conductas en comisión por omisión, pues como dice el autor, ejercer es un verbo activo pero puede llevarse a cabo a través del aprovechamiento de una fuerza exterior.

⁴⁹⁰ TAMARIT i SUMALLA, J. M.; *Las reformas de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del código penal de 21 de junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990, p. 178.

⁴⁹¹ Consultar BENÍTEZ JIMÉNEZ *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004, p. 107, quien establece que el maltrato físico siempre conlleva maltrato psíquico y, que sin embargo el psíquico se puede dar solo.

⁴⁹² DEL ROSAL BLASCO, B.; “El delito común contra la integridad moral” en COBO DEL ROSAL en *Derecho Penal Español. Parte especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*, Dykinson, Madrid, 2005. p. 224.

⁴⁹³ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*. Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 60.

⁴⁹⁴ Estos son los requisitos que el art. 147.1 exige para los delitos de lesiones.

eso estos actos “no se restringen a la causación de lesiones psíquicas sino que, a grandes rasgos se está pensando en cuadros de vejaciones, insultos, amenazas, hostigamiento y conductas similares que, por su gravedad intrínseca y su prolongación temporal, pueden ser equiparables a la violencia física⁴⁹⁵”. Resulta difícil por tanto, definir el uso y el alcance de la violencia psíquica en materia penal “pues los jueces no están preparados para tratar estas cuestiones de tipo psicológico⁴⁹⁶”, motivo por el que autores como CUADRADO RUÍZ y REQUEJO CONDE critican la intervención penal en la violencia familiar de carácter psicológico “pues ello desborda la necesidad real de protección que puede dispensar el Derecho Penal⁴⁹⁷” haciendo de él un medio simbólico de perseguibilidad en el que despuntan demasiadas dificultades probatorias, sin embargo a nuestro entender, no por la difícil prueba deben quedar fuera de castigo conductas igualmente peligrosas para el bien jurídico.

Según la Jurisprudencia se trataría de “una situación muy estresante y destructiva cargada de sentimiento de agresividad e inestabilidad que no permite a las personas a ellas sometidas el desarrollo sano de sus personalidades, ni el mantenimiento de niveles aceptables de las capacidades de adaptación y de aportamiento de desarrollo de las capacidades de proyecto de futuro⁴⁹⁸”. Y según los forenses “no es fácilmente demostrable la conducta lesiva crónica psicológica, fundamentalmente cuando esta aparece en exclusiva, y sin embargo existe... si no se llega a demostrar de forma suficiente... queda después indefensa en un medio familiar, donde la persona agresora aparece segura de su invulnerabilidad, pero además con una mayor intensidad de sus sentimientos perversos, conscientes e inconscientes⁴⁹⁹”. En este sentido compartimos la opinión de quienes consideran que el legislador ha olvidado reseñar de manera expresa

⁴⁹⁵ FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R.; “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 102.

⁴⁹⁶ SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAÍLLO, A.; en *Derecho Penal. Parte Especial*, Duodécima edición, Dykinson, Madrid, 2007, p.195.

⁴⁹⁷ CUADRADO RUIZ, M. A; REQUEJO CONDE, C.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar” en *La Ley, Año XXI, Núm. 5072*, viernes 9 de junio de 2000, p. 2.

⁴⁹⁸ STS 2480/ 2001 de 21 de diciembre; Antecedente de hecho número 1, primero.

⁴⁹⁹ COBO PLANA, J. A.; “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN., M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 367.

que “lo que es físico o psíquico es el resultado lesivo causado, pero no el modo de ejercer la violencia⁵⁰⁰”. Sin embargo, la Jurisprudencia también ha manejado otros criterios, ya que en la violencia psíquica, “su consumación no requiere la producción de un resultado entendido como menoscabo psíquico, pues tras la reforma de la LO 11/2003 se tipifica en el art. 153 la causación de este resultado por cualquier medio a las personas mencionadas en el art. 173.2 del código penal, entre las que se incluye el cónyuge, quedando reservada por tanto la violencia psíquica habitual como delito de actividad sobre esas personas en el art. 173.2 del código penal⁵⁰¹”, eso sí matiza que la amplitud del precepto no puede llevar a penar cualquier conducta y las limita a aquellos “comportamientos en que de forma habitual se somete a la víctima a una vida de amenazas, vejación y humillación permanentes y graves⁵⁰²”. En otras ocasiones la Jurisprudencia ha entendido que a través del ejercicio de violencia psíquica como es ridiculizar, o gritar o tirando objetos al suelo se ha llegado a la causación de neurósis postraumática⁵⁰³, síndrome al que ya hemos hecho referencia en este trabajo.

C) Relaciones entre violencia física y psíquica.

En cuanto al origen, un resultado psíquico puede proceder de una violencia tanto física como psíquica, mientras que un resultado físico, en este caso casi siempre tendrá de precedente una violencia física⁵⁰⁴, aunque quedaría por comprobar si en el caso concreto cabría aplicar el art. 173.2 en comisión por omisión a la persona que ejerce violencia psíquica continuada sobre otra persona que ante esa situación se autolesiona o se suicida, según las reglas de la imputación objetiva. Las lesiones psíquicas por tanto, van a ser analizadas en la fase judicial de manera especial, pues su análisis pericial y de

⁵⁰⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 45. En el mismo sentido CADENA SERRANO, F. A.; “Las lesiones psíquicas y el mobbing. Breve referencia al bullying”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 185, afirma que “el menoscabo psíquico hacer referencia al resultado, no a la acción”.

⁵⁰¹ STS 653/2009 de 25 de mayo, en el FJ. 4

⁵⁰² STS 653/2009 de 25 de mayo, en su FJ. 4

⁵⁰³ STS 409/2006 de 13 de abril, constata la existencia de neurósis postraumática en el Antecedente de hecho número 1, en los fundamentos jurídicos 1 y 5.

⁵⁰⁴ GÓMEZ RIVERO, C.; “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, en *Revista Penal*, núm. 6, Julio de 2000, p. 73

prueba va a traer más complicaciones en la práctica, ya que “las alteraciones psíquicas producidas a consecuencia de la lesión física previa pueden referirse tanto a las vivencias experimentadas (los actos de violencia física ya realizados) como a las alteraciones psicológicas ante el temor de nuevas agresiones o reacciones violentas. Es lo que se reconoce como trastorno de estrés postraumático⁵⁰⁵”.

El elemento típico “habitualidad” afecta de la misma manera a las violencias físicas que a las violencias psíquicas y supone un plus en la posibilidad de lesión de un bien jurídico pues resulta obvio que mientras más se incide en la realización de una conducta más se pone en peligro y más riesgo conlleva de acabar lesionándolo. En este sentido GIMBERNAT estima necesario aclarar dentro de los malos tratos una “graduación entre aquellos que consistan en meros ataques a la integridad física y a la salud de los sujetos pasivos, y aquellos otros más graves que además supongan una especial humillación para la víctima⁵⁰⁶”. Por lo tanto conducta, bien jurídico y habitualidad son los elementos clave que lejos de ser independientes se condicionan mutuamente de tal manera que su presencia determina que podamos establecer las siguientes clasificaciones: *a)* En un primer lugar estarían todas aquellas conductas encuadrables en los tipos de lesiones, homicidio o asesinato; *b)* en segundo lugar las agresiones psíquicas que causen igualmente lesiones; *c)* en tercer lugar las amenazas, coacciones, detenciones ilegales, etc. que supongan un ataque contra cualquier tipo de arista de la libertad personal y *d)* por último los tratos vejatorios y humillantes que por su continuidad lesionan gravemente la dignidad de la persona, que son lesiones fácilmente constatables por los psiquiatras y que se dan en la mayoría de las víctimas de estos malos tratos⁵⁰⁷. Sin embargo de alguna manera todas estas conductas, aunque distintas en intensidad, sí podrían entrar a computarse en el análisis de la situación de riesgo, en el clima de violencia como veremos al analizar la habitualidad.

⁵⁰⁵ Ídem., p. 74.

⁵⁰⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Prólogo a la décima edición del Código Penal*, Tecnos, 2004.

⁵⁰⁷ CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género” en MIR PUIG, S, CORCOY BIDASOLO, M. (Directores) en *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, 2006, p. 147.

D) De mera actividad

La pregunta que a efectos de análisis de conducta se trataría de responder sería entonces, la relativa a la necesidad o no de la producción de un resultado lesivo a efectos de consumación de este ilícito, es decir, si estamos ante un delito de mera actividad o ante un ilícito penal de resultado material diferenciado de la acción. Pregunta sobre la que doctrina y Jurisprudencia han ahondado e intentado responder desde los inicios de la andadura penal de estos hechos delictivos y en la que no se ha hallado unanimidad.

Uno de los pioneros en establecer este ilícito como de mera actividad fue BERDUGO que ya desde la primera versión de los malos tratos en calidad de faltas de los artículos 582.2, 583.3 y 585.1 del Texto refundido de 1973 se hacía eco de aquella opción que considera este delito de maltrato más cercano a la *inniuria* y, por tanto diferenciado de los delitos de lesiones, siendo los primeros de mera actividad y éstos segundos necesitados de resultado material, alegando la propia explicación que se hacía en el art 585.1 CP al equiparar los malos tratos de obra y los de palabra⁵⁰⁸. Más adelante, con la introducción del delito en el código penal en 1989, RODRÍGUEZ DEVESA alegaba que tampoco en el art. 425 CP-1989 se hacía referencia al resultado lesivo⁵⁰⁹, por tanto, defendió también la mera actividad como consumación del maltrato. A la que se suman las opiniones de quienes sostienen que del precepto no exige de ningún modo que de la violencia reiterada se derive un efectivo menoscabo de la salud de la víctima bastando el mero ejercicio de la violencia⁵¹⁰ y percatándose de que el tipo no requiere la causación de ningún menoscabo lesivo⁵¹¹.

⁵⁰⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 26-27

⁵⁰⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M y SERRANO GÓMEZ, A.; *Derecho penal español. Parte especial*. Decimoséptima edición, Dykinson, Madrid, 1994, p. 158.

⁵¹⁰ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, núm. 5, Julio de 2000, p. 19.

⁵¹¹ CALDERÓN CEREZO, A Y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*, adaptado a las programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal, 1999. p. 460.

Podemos aceptar que de *lege data* podría tratarse de un delito de mera actividad al no establecer el tipo la necesidad de que se produzcan lesiones importantes⁵¹², y la no necesidad de resultado lesivo es precisamente el aspecto que distingue el delito de violencias domésticas habituales del resto de delitos de lesiones, que en el primero no sería necesario la producción de un resultado, mientras que en los delitos de lesiones éste se representa como obligado⁵¹³, y por eso parece que “estos comportamientos van a completar el tipo solamente con su ejercicio repetido, sin necesidad de resultado material alguno⁵¹⁴”, es decir, que la realización del tipo es el resultado que radica en la propia actividad del autor⁵¹⁵. Para RODRÍGUEZ RAMOS también se trataría de un delito de mera actividad, “lo que equivale a que el resultado es ajeno a la acción típica, es decir, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo existirá un concurso real⁵¹⁶”. Igualmente CUENCA i GARCÍA sostiene que en el art. 153 se haya ausente la idea de resultado por mínimo que sea⁵¹⁷.

Hay quienes se basan en la mera actividad y es una opinión que se ha visto fortalecida por las alegaciones de otros juristas quienes ven un delito de peligro abstracto para la salud e integridad personales y, por tanto un delito en el que no hace falta la producción de un resultado material debido a la estructura técnico jurídica del tipo derivada de una original orientación político-criminal⁵¹⁸. De esta forma, hay

⁵¹² TAMARIT i SUMALLA, J.; *La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del código penal de 21 de junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990, p. 86. Consultar el mismo autor (TAMARIT i SUMALLA) en “Artículo 173”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 913.

⁵¹³ CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, nº 33, Marzo 1994, Consejo General del Poder Judicial, p. 56.

⁵¹⁴ CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, Cuaderno del Instituto vasco de Criminología, San Sebastián, núm. 15, 2001, p. 79.

⁵¹⁵ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.; *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004, p. 114.

⁵¹⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord), *Código Penal. Concordado con Jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 2005, p. 388.

⁵¹⁷ CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, p.12.

⁵¹⁸ GRACIA MARTIN, L.; *Comentarios al código penal. Parte Especial I. Título I a IV y faltas correspondientes*, en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTIN (Coord). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia,

quienes opinan que la conducta del art. 173.2 actual “se agota con el mero ejercicio de violencia física y psíquica sobre la víctima, sin que se exija la producción de un resultado material concreto. Nos encontramos así ante un delito de peligro abstracto para el normal desarrollo de la convivencia familiar⁵¹⁹”, por tanto se acude a la estimación de un delito de peligro abstracto no necesitado de ningún resultado lesivo⁵²⁰. La Jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido, así la SAP de Córdoba de 12 de febrero de 1999 entendiendo que en este artículo se habla de ejercer violencia física con habitualidad, sin requerir además la producción de un resultado material, concluyendo que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto para la seguridad y salud personal de la víctima. Como veremos no hay unanimidad en el bien jurídico que es objeto de protección y eso dificulta también valorar la modalidad del tipo atendiendo a la acción

En principio no podemos aceptar las afirmaciones anteriores sin matices, ya que a nuestro modo de ver el ejercicio de violencia sí necesitaría de al menos un peligro concreto, de un resultado (de peligro)⁵²¹. Por ello, matizan otros autores que, aunque en principio se trata de un delito de peligro abstracto para la salud e integridad física y psíquica, hay que contar de igual manera con el riesgo certero de realización de un resultado debido a la reiteración de los actos de violencia⁵²². La clasificación de este delito en los de mera actividad unido al peligro abstracto estarían desestimando los

1997, P.425-426. Postura a la que se suman también autores como SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAÍLLO, A.; en *Derecho Penal. Parte Especial*, Duodécima edición, Dykinson, Madrid, 2007, p.195. En ese mismo sentido se había pronunciado la FGE en su Circular 2/1990 de 1 de enero que aplica la Reforma de la LO 3/1989, de actualización del código penal en su p. 18 que no exigía para su perfección resultado alguno.

⁵¹⁹ MARCOS AYJÓN, M.; “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del art. 173 del código penal”, en *La Ley penal, Revista de derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Estudios Monográficos de Violencia Doméstica*, núm. 2, Año I, febrero 2004. p. 29.

⁵²⁰ SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; *Derecho Penal. Parte Especial.*, 13ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 197.

⁵²¹ Los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, así MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.; *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 227 “la categoría de los delitos de peligro concreto es una categoría de delitos de resultado; sólo aquellos en los que es necesario individualizar un auténtico resultado de peligro para un bien jurídico determinado pueden ser calificados en sus justos términos de delitos de peligro concreto”.

⁵²² CUADRADO RUIZ, M. A; REQUEJO CONDE, C.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar” en *La Ley, Año XXI, Núm. 5072*, viernes 9 de junio de 2000, p. 2.

síndromes que describen los forenses, a los que hicimos referencia en la última de las partes del primer capítulo. Así, NUÑEZ CASTAÑO en principio lo estimaría como delito de peligro⁵²³, sin embargo acepta que la mujer tiene que recuperarse del síndrome ocasionado por los malos tratos⁵²⁴.

Son cuestiones sobre las que profundizaremos en el apartado relativo al estudio del bien jurídico y la habitualidad. Por tanto, no basta sólo con analizar la conducta, sino que debemos hacer un examen global del tipo para dar solución al problema dogmático que se plantea, distinguiendo el análisis positivo del que debería ser, aunque de lege data, el tipo no exija resultado alguno.

E) De resultado

La otra manera de ver los tipos penales tomando de referencia la acción, es la de estimar la necesidad de un resultado material. Así CUELLO CONTRERAS interpreta las violencias físicas haciendo uso justamente de la definición de la conducta típica que en 1989 se hacía en el 425, estimando que “la violencia física del artículo 425 era un concepto que exigía la producción de un efecto sobre el cuerpo humano⁵²⁵”, es decir, que esta conducta requeriría para constituirse como tal la realización de un resultado. Teoría que en esos primeros años habría de seguir una parte minoritaria de la doctrina estableciendo que se trataba de un delito de resultado pero aceptando que “lo normal es que tales actos de violencia física produzcan resultados lesivos de tan escasa entidad que no precisen de tratamiento o solo exijan una primera asistencia facultativa⁵²⁶”. OLMEDO CARDENETE se basa no en cada falta o delito concreto de maltrato que produce un resultado sino en el “efecto” que sobre la víctima desarrolla el uso

⁵²³ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 109

⁵²⁴ Ídem. p. 190

⁵²⁵ CUELLO CONTRERAS, J.; “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm. 32, CGPJ, Diciembre 1993, p. 11.

⁵²⁶ ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J.; “Malos tratos habituales en el ámbito familiar”, en *Delito de lesiones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 142.

sistemático de la violencia⁵²⁷ y sostiene que con la introducción de las violencias psíquicas no cambia la necesidad de resultado, pues se integra por “aquellos comportamientos susceptibles de causar un menoscabo a la salud mental y que ejercidas habitualmente, conlleva un progresivo deterioro de la personalidad y autoestima de la víctima como resultado material del delito que está siendo objeto de estudio⁵²⁸”. Para ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, el delito de violencia en el ámbito familiar debe ser examinado desde su resultado⁵²⁹ y CASTELLÓ NICAS toma como referencia el bien jurídico protegido (la integridad moral), y alega que no cabe sólo el peligro de naturaleza moral, sino que las violencias físicas o psíquicas deben tener un cierto grado de lesividad concretado en un resultado, afirmando que las humillaciones, vejaciones, faltas de respeto a la persona en cuanto ser humano suponen un resultado sobre la integridad moral de la persona diferenciado de la acción. Por tanto la integridad moral es al mismo tiempo la lesión del bien jurídico y el resultado material del delito⁵³⁰. También destacamos la opinión de DEL ROSAL BLASCO para quien el mayor desvalor de acción al que responde el art. 173.2 CP es cuantitativa y cualitativamente mayor la lesión al bien jurídico que la que corresponde por los delitos básicos de lesiones⁵³¹. También MORILLAS CUEVA afronta el problema desde la convicción de estar ante un delito de resultado⁵³².

⁵²⁷ OLMEDO CARDENETE, M.; “Artículo 153” en COBO DEL ROSAL, M. *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Madris, Edersa, 1999, p. 477.

⁵²⁸ OLEMDO CARDENETE, M. “Artículo 153” en COBO DEL ROSAL, M. (Director), *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1999, p. 494.

⁵²⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153.1 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 25.

⁵³⁰ CASTELLÓ NICAS, N.; “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del art. 173.2 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 217.

⁵³¹ DEL ROSAL BLASCO, B.; “El delito de violencia doméstica. (Art. 173 núms. 2 y 3)” en COBO DEL ROSAL (Coord.), en *Derecho Penal español, Parte especial*. 2ª ed. corregida y puesta al día con las últimas reformas, Dykinson, Madrid, 2005, p. 222.

⁵³² MORILLAS CUEVA, L.; “Respuestas del código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 2002, p. 679.

Ciertamente la estructura típica del delito de violencias físicas y psíquicas habituales en el ámbito familiar pareciera configurarse como un delito de resultado donde la acción sería precisamente ese ejercicio habitual de violencia física y psíquica y el resultado vendría dado por la situación de agresión permanente a que da lugar⁵³³. Así también ACALE SÁNCHEZ afirma que el delito de malos tratos físicos habituales tiene una estructura de resultado (pues deriva de la falta de malos tratos de obra, que a su vez derivaron de la falta de lesiones), ya que “el delito de ejercicio de violencias físicas describiría la conducta típica y la falta el resultado: el maltrato de obra es el resultado producido por la conducta llevada a cabo por el autor, que no es otra cosa que ejercer sobre el sujeto pasivo actos de violencia física⁵³⁴” y, como ya mencionamos lo que es psíquico no es la violencia sino el resultado que se produce afectando a la salud mental del sujeto⁵³⁵. BARQUÍN SANZ agrega que los delitos contra la integridad moral son delitos de lesión aunque esta afirmación no resulte pacífica en la doctrina⁵³⁶ y sin embargo ARROYO ZAPATERO afirma que estamos ante un delito contra la integridad moral estableciendo que todos los delitos y faltas que entran dentro del tipo son de lesión aunque además de lesión se incorporen en los tipos y en la vida peligros concretos y lesiones efectivas⁵³⁷. DOLZ LAGO estima que estamos ante un delito de resultado aunque añade que de la descripción de la conducta típica “se admite la punición por separado si se produce un resultado lesivo además del peligro que supone la acción⁵³⁸”, por lo tanto trata en realidad esta figura como de peligro concreto, y por tanto de resultado.

⁵³³ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.; “El delito de violencia doméstica habitual” en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTIN, M. A. (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 87.

⁵³⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 97

⁵³⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 54 y ss.

⁵³⁶ BARQUÍN SANZ, J.; “Artículo 173” en COBO DEL ROSAL, M.; *Comentarios al código penal, Tomo V*, Madrid, Edersa, 1999, p. 277

⁵³⁷ ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F. (Director), *Estudios actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Mar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 728

⁵³⁸ DOLZ LAGO, M. J.; “Violencia doméstica habitual: mitos y realidades”, en *La Ley*, Año XXI, diario núm. 5047, de 5 de mayo de 2000, p. 2 y p. 4.

Todas estas posturas vienen a verificar la existencia del síndrome de la mujer maltratada al que hicimos referencia en el capítulo I de este trabajo, pero una vez más, lo más relevante es la definición del bien jurídico.

F) Toma de postura

Lege data el delito de malos tratos habituales se constituye a día de hoy como un delito de resultado contra la integridad moral, pues el legislador se ha hecho eco de los datos arrojados por la Medicina legal y la Psicología y no parece posible otra opción en base a la existencia del síndrome de la mujer maltratada o de estrés postraumático y demás síndromes puestos de manifiesto en el capítulo I de este trabajo y en virtud del cual, sí podemos establecer una conexión de causalidad entre la habitualidad en el maltrato unido a la relación entre los sujetos y el síndrome de la mujer maltratada. Descartamos aquella opinión que analiza el delito como de peligro abstracto contra la integridad física o la salud, pues es sabido que, mientras más me reitero en una conducta más pongo en peligro o más lesiono, en este caso esa habitualidad en la conducta viene expresamente regulada de *lege data* y vendría a poner de manifiesto si no el resultado, al menos sí su cercanía. En realidad la tesis del peligro abstracto queda implícita de alguna manera en ese ejercicio de violencia física y psíquica (ésta última se valora desde 1999) unido a la habitualidad (elemento que analizaremos más adelante). Son cuestiones que quedarán más definidas en sede de bien jurídico.

Por ello consideramos que en realidad, el tipo de violencia habitual recoge un delito de resultado, porque la habitualidad como veremos hace que el riesgo de lesión esté próximo, mientras más violencia, más posibilidades de obtener un resultado aunque sólo sea de peligro. Estas cuestiones se irán completando a través del análisis del resto de elementos típicos.

2.1.1.2. Comisión por omisión:

En nuestro código penal las conductas penadas en comisión por omisión no constituyen un *numerus clausus*, es decir, no están tasadas, sino que el art. 11 CP regula en términos generales las conductas que podrían llegar a acometerse en comisión por

omisión, estableciendo una serie de requisitos específicos, descifrados de la siguiente manera:

“los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”*

Es por eso que, al no estar tasadas las conductas que pueden cometerse en comisión por omisión debemos comprobar en el caso concreto si el delito en cuestión puede cometerse en comisión por omisión, y es ese análisis el que nos disponemos a realizar a continuación.

A) La importancia del resultado

Según la anterior definición, para que pueda cometerse un delito en comisión por omisión en primer lugar, se postula como requisito *sine qua non* la necesidad de un resultado, por lo que aquellos que entendieron el delito de violencia doméstica habitual como un delito de mera actividad estarían desestimando en principio la opción de la omisión impropia. En primer lugar, queremos aclarar que el término resultado en Derecho penal tiene dos acepciones; una en sentido material y otra en sentido jurídico. Así, para SILVA SÁNCHEZ no sería aplicable el concepto de resultado en su sentido jurídico interpretado como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en donde *a priori* no interesara la naturaleza jurídica del delito como de peligro o de resultado, sin embargo la propia definición del art. 11 CP que regula los requisitos necesarios para estimar la posible comisión por omisión, establece literalmente que se trata de delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado⁵³⁹. Pero con esta última

⁵³⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La regulación de la comisión por omisión” en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, P. 74, excluye la hipótesis de la interpretación del término resultado del art. 11 CP en clave jurídica, siendo la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto los únicos de los que no se puede predicar un resultado de lesión o de peligro. También se detiene en la diferencia entre delito de lesión y de resultado la Audiencia Provincial de Barcelona en la SAP 26/2009 de 14 de enero, en cuyo FJ. 4 distingue que hay quienes confunden delito de lesión con delito de resultado; y así hay conductas que lesionan el bien jurídico (ej. los tratos degradantes lesionan gravemente la integridad moral o dignidad humana) “y es por ello precisamente que

comprensión del resultado penal habría muchos comportamientos importantes, en el sentido de su lesividad para el bien jurídico, que quedarían fuera del castigo penal como veremos.

Para dar con la solución a estos casos siempre resulta de provecho acudir al Derecho comparado, así CERVELLÓ DONDERIS trae a colación el estudio de las regulaciones de los tipos penales alemán, francés e italiano y deduce que en España no se establece dentro del tipo que regula los malos tratos su posibilidad en comisión por omisión, como sí ocurre en las otras legislaciones mencionadas, un supuesto de maltrato que consista en la falta de asistencia o cuidados que haga posible la comisión por omisión, estableciendo de *lege ferenda* que se regulen los deberes básicos legales como son el cuidado o la alimentación⁵⁴⁰. Motivo por el que otros autores estiman la imposibilidad total de extraer de los términos de la ley la posibilidad de castigar en comisión por omisión, pues la “conducta se delimita por el ejercicio de violencia física y se exigen, por tanto, conductas comisivas que dejan fuera del precepto las formas omisivas de perpetración⁵⁴¹”. Sin embargo se admiten matices como veremos ya que como decimos, en España se ha optado por la cláusula general y no por la descripción positiva de cada caso.

En segundo lugar, además del resultado, la expresión *según el sentido de la ley* ha traído al Derecho Penal un debate en torno a que una omisión debe entenderse en relación siempre a la acción, y lo que la “aplicación de la comisión por omisión más allá de lo que permite el tenor literal posible del texto de la ley, queda prohibida por el

el tipo se configura como un delito de lesión (del bien jurídico) y no de mera puesta en peligro del mismo. Pero esta lesión del bien jurídico que constituye, por así decirlo, "el resultado jurídico" no se traduce en el resultado material o "modificación del mundo exterior aprehensible por los sentidos" (como lo definiera a principios del siglo XX un conocidísimo penalista alemán) que permite definir una infracción penal como delito de resultado como lo son, por ejemplo, el homicidio y el hurto, (quien estaba vivo, muere y la cosa que estaba en poder de su dueño pasa materialmente a la esfera de dominio del sustractor)”.

⁵⁴⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm.33, Marzo 1994, Consejo General del Poder Judicial, p. 56-57.

⁵⁴¹ CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, p. 29.

propio art. 11 CP⁵⁴²”. Se exige que “la realización por omisión de los tipos de la parte especial tradicional y equívocamente denominados causales o comisivos implica la necesidad de lograr una equivalencia total, correspondencia perfecta -identidad estructural- entre aquella y la realización típica activa⁵⁴³”. Por eso no basta la existencia de la posición de garante, como pone de manifiesto el art. 11 al exigir la equivalencia de la no evitación del resultado con su causación⁵⁴⁴. Por ejemplo, pongamos el caso de la madre que ve cómo su pareja maltrata a la hija y ésta no hace nada por evitarlo teniendo sobre ella posición de garante, su conducta equivale a la conducta activa de haberla maltratado ella misma, por lo que se le imputa a título de autora en comisión por omisión, no de partícipe y este caso se corresponde con el mediático caso de la “niña Alba” al que haremos mención.

Hay que comprobar que esa situación de no intervención activa en el ejercicio de violencia pero sí en el silencio de la misma influye en el resultado. Eso sí, la responsabilidad que de esa conducta deriva podría estimarse desde la omisión impropia pero también respecto de la autoría y participación, en función de la existencia o no de la posición de garante. Ello a la vez depende del concepto de autoría y participación que estimemos, pues hay quien estipula que con la cláusula concursal la violencia habitual doméstica “se sanciona independientemente del resultado causado, por tanto la participación por comisión quedaría circunscrita a los casos en que se produjera un resultado constitutivo de delito o falta independientemente y, únicamente, respecto a éstos⁵⁴⁵”, como es en el caso propuesto. Así MONGE FERNÁNDEZ y NAVAS CÓRDOBA sostienen que la autoría y participación, conforme a las bases (de autoría y participación) de los delitos especiales propios, los casos de participación de un particular (*extraneus*) solo puede responder como partícipe del delito especial [por ejemplo, la amante (*extraneus*) del marido (*intraneus*) le induce a maltratar a su esposa]

⁵⁴² MAYORDOMO RODRIGO, V.; *Aspectos Criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, p. 104

⁵⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Bosch, 1986, p. 307

⁵⁴⁴ MAYORDOMO RODRIGO, V.; *Aspectos Criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003, p. 103-108

⁵⁴⁵ GANZENMÜLLER ROIG, C.; ESCUDERO MORATALLA, J. F.; FRIGOLA VANILLA, J.; “La violencia doméstica” en *Actualidad Penal*, núm. 16, 19 al 25 de abril de 1999, p. 360

ya que no existe un delito común que se corresponda con el especial⁵⁴⁶. Y respecto de la autoría y participación en los delitos llevados a cabo en comisión por omisión según SILVA SÁNCHEZ “cabe ser partícipe en comisión por omisión cuando la evitación del resultado de la parte especial no está siquiera al alcance del sujeto, pero sí lo está la neutralización de la contribución activa de un tercero al mismo, y es a eso a lo que el sujeto se había comprometido⁵⁴⁷” ¿sería por ejemplo ese el caso de la vecina que escucha los episodios de violencia y puede convencer a la madre de que lleve a su hija al médico? Por ahora nos preguntamos si la madre responde como autora en comisión por omisión por un delito del art. 173.2 CP.

De algunos de los casos se ha hecho eco la Jurisprudencia por lo que los tribunales no han sido ajenos al problema, encargándose de solventar las cuestiones *de facto* presentadas. Pongamos el ejemplo más clásico al que hicimos mención *supra*; el que correspondería a aquella madre que ve cómo habitualmente su pareja ejerce violencia habitual sobre el hijo en común y no hace nada para evitarlo; ¿sería el comportamiento de la madre subsumible dentro del marco penal que establece el tipo del art. 173.2 en su versión de omisión impropia? y ¿por consiguiente, no una mera partícipe sino una autora en comisión por omisión? La respuesta en este caso la encontramos en la Jurisprudencia donde se han afrontado estos conflictos interpretativos, de tal manera que nuestro TS se ha pronunciado al respecto condenando a una madre que no evita esos malos tratos de su compañero sentimental a la hija, condenando como sabemos, como si hubiese causado esos resultados de manera activa propiamente. Es el caso de la STS (Sala de lo Penal) 20/2001 de 22 de enero, STS (Sala de lo Penal) 320/2005 de 10 de marzo, STS (Sala de lo Penal) 1161/2000 de 26 de junio⁵⁴⁸, que condenan a la mujer que en posición de garante no evita los malos tratos del padre a su hija.

⁵⁴⁶ MONGE FERNÁNDEZ, A.; NAVAS CÓRDOBA, J. A.; “Malos tratos y prevención contra la mujer” en *Actualidad Penal*, núm. 9, 28 de febrero al 5 de marzo de 2000, p. 193.

⁵⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La regulación de la <comisión por omisión>”, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 76-77.

⁵⁴⁸ Estas sentencias se corresponden con tres casos similares en los que la hija es objeto de malos tratos por el padre o padrastro, situación de la que siendo conscientes las madres no hacen nada por evitar. En el primer caso se recurre una sentencia de la AP de Ciudad Real, pero el TS ratifica el castigo a la mujer alegando que “la condena de la recurrente se fundamenta en su comportamiento omisivo, ocupando omisión de garante al no haber evitado la producción habitual de resultados lesivos a la víctima menor, ocasionados materialmente por su compañero sentimental”. En el segundo caso la niña está tutelada por la Junta de Extremadura a través de uno de sus centros de menores pero en una de las visitas a su casa ocurren episodios de violencia por parte del padrastro sin que la mujer lo evite. La AP de Cáceres y el TS

Por el contrario, encontramos también casos en los que el Tribunal en apelación rechaza el castigo impuesto en primera instancia, absolviendo a la madre de las conductas de malos tratos habituales en comisión por omisión⁵⁴⁹. En este caso concreto, la AP de Barcelona hace un estudio interesante del art. 11 CP resaltando algunas carencias en su formulación que históricamente fueron superadas en otras legislaciones. Carencias que concurren en la premisa de que la no evitación del resultado equivalga a la equiparación de su causación (identidad estructural entre la acción y la omisión según el sentido de la ley) en base a las tres específicas fuentes descritas del deber especial (ley, contrato y actuar precedente). Los requisitos de equivalencia y su relación con alguno de esos deberes no están claras en el caso concreto pues “la presencia de la posición de garante de la madre respecto de su hijo menor al estar obligada por la ley a velar por él, no será sin embargo suficiente para considerarla autora por omisión de las infracciones penales por las que fue acusada, pues para ello sería preciso, tal como se viene argumentando, que la no evitación del resultado equivaliera a su causación *según el sentido de la ley*, requisito que no puede estimarse concurrente en el supuesto analizado”. Entendemos que en este caso, el mayor problema que se planteó el tribunal fue el de aplicar otro tipo de interpretación que no fuese la meramente gramatical del texto punitivo en este punto, pues “ejercer”, con una mera interpretación gramatical siempre se entenderá de manera activa ya que de esta forma nunca podría traducirse en una omisión.

La propia prensa ha recogido algunos de estos casos, en concreto nos llama la atención el llamado “caso Alba” acontecido en 2006 en Barcelona. En este caso se produjeron unas lesiones a una menor de cinco años que acabó en coma, hechos en los que la madre de la niña alega no haber participado. Sin embargo “según mantiene el escrito del fiscal, los dos procesados, de mutuo acuerdo, maltrataron en varias ocasiones

condenan a la madre en comisión por omisión pues la mujer “no puede eximirse de su condición de garante al menos en aquellos periodos de tiempo en los que los menores viven en el domicilio de aquella”. En el tercer supuesto la AP de Castellón de la Plana no condena a la mujer, por lo que es el MF quien recurre y el TS estima que “la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora para la consumación de las lesiones...se convierte a la luz jurisprudencial de esta sala en autora por comisión por comisión dada su posición de garante”.

⁵⁴⁹ AP Barcelona (Sección 2ª). Sentencia núm. 156/1998 de 20 de febrero.

a la niña en su domicilio familiar ya antes de la paliza que la dejó en coma⁵⁵⁰”. Por lo que en este caso la mujer según el fiscal es autora activa no en comisión por omisión, aunque en ese episodio en concreto pareciera no haber tomado parte de esas lesiones graves. Este caso se recoge en la SAP de Barcelona 26/2009 de 14 de enero, y en su FJ. 4 se argumenta la autoría en comisión por omisión de la madre de la niña y finalmente se confirma en el fallo condenándola por “un delito de malos tratos habituales previsto y penado en el art 173.2 CP sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de tres años de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de cinco años, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad sobre la menor por un período de cinco años en aplicación de lo dispuesto en el art. 57 y 48 CP, se prohíbe al condenado aproximarse a la víctima, su domicilio, centro escolar, casa de acogida o cualquier lugar en que se encuentre a una distancia no inferior a los 1.000 metros, así como comunicarse con ella por cualquier medio, por un período de cinco años superior a la pena de prisión impuesta⁵⁵¹”.

Otro de los casos que ha ocupado los medios de comunicación es el de otra menor víctima de agresiones sexuales de la pareja de su madre, que acaba muriendo debido a un choque séptico, que trae causa de una infección no tratada que derivó en un fallo multifuncional por el que “inicialmente, el juez les imputa a ambos la comisión por omisión de los delitos de agresión sexual y lesiones, según fuentes del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que cita Europa Press. Se les imputa también, provisionalmente y para el caso en que los informes médico forenses revelen que la agresión sexual ha sido el origen de la causa de la muerte de la menor, un presunto delito de homicidio, también por omisión de los deberes garantes. El auto del juez apunta asimismo la posibilidad de que el hombre pueda resultar imputado como autor de la agresión sexual⁵⁵²”.

⁵⁵⁰ El País, 11 de Diciembre de 2008, “El padrastro de Alba niega haberle pegado y contradice a la madre. Comienza el juicio en Barcelona a Ana María C. y Francisco Javier P. por el supuesto maltrato que sufrió la menor a principios de 2006”.

⁵⁵¹ SAP Barcelona 26/2009 de 14 de enero que sentencia el “caso Alba”.

⁵⁵² El País, 8 de noviembre de 2008 “Muere una niña de siete años tras ser violada con reiteración. El juez imputa a la madre y el padrastro por agresión sexual y lesiones”, (no disponible la sentencia).

También aprecia dicha posición de garante la AP de Santa Cruz de Tenerife, cuando condena a una pareja que a base de golpes acaba asesinando a la madre de ella (suegra de él). En los antecedentes de hecho se afirma que “la mujer presenció parte de los golpes que el hombre propinaba a su madre, consintiendo su comportamiento, dejándole actuar, consciente en todo momento de la intensidad y gravedad de los golpes, no haciendo caso de los gemidos de su madre mientras era golpeada”. En el FJ. 2, el Tribunal hace un estudio de los requisitos del art. 11 CP estableciendo la plena correspondencia con el caso concreto, es decir, entre ellos aprecia la posición de garante de la hija respecto de su madre, infringiendo su deber de intervención por lo que en el fallo ambos son castigados como autores de un delito de violencia habitual cuasi-doméstica (además de por asesinato), ella en comisión por omisión⁵⁵³.

Es por todo ello que en realidad, aquí hemos partido de un delito de resultado (unque de peligro), y hemos puesto de manifiesto que la consecuencia más grave es la relacionada con el síndrome de estrés postraumático, y a esa situación se puede llegar a través de conductas activas pero también a través de conductas omisivas, típico caso de la madre con respecto de sus hijos, como es el caso puesto de manifiesto.

B) Aceptación del resultado pero no la comisión por omisión.

Por otra parte, aún tomando de referencia el requisito de la causación de un resultado, obtenemos varios puntos de vista. Como vimos anteriormente, existe un sector de la doctrina que estima el delito de violencias habituales en el ámbito doméstico como un delito de resultado (que es requisito *sine qua non* a concurrir para el cumplimiento del art. 11 CP), por tanto, este sector estaría admitiendo *a priori* la posible aplicación de la omisión impropia. Aunque no sólo ese requisito es suficiente sino que hay que comprobar en qué casos ese resultado es atribuible a un no hacer, por lo que la pieza central en este modo de delinquir es la existencia de una obligación jurídica de actuar. MORILLAS CUEVA que sostuvo el tipo de violencia doméstica habitual como delito de resultado⁵⁵⁴ interpreta sin embargo que no tiene por qué

⁵⁵³ SAP de Santa Cruz de Tenerife 212/2006 de 21 de abril.

⁵⁵⁴ MORILLAS CUEVA, L.; “Respuestas del código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 2002, p. 679

establecerse una suposición de la posibilidad de cometerlo en omisión impropia, motivo por lo que de *lege ferenda* propone añadir un párrafo al delito en el que se especificare concretamente la posibilidad de la comisión por omisión en este tipo de conductas fijando que “en las mismas penas incurrirán las personas señaladas...que, pudiendo hacerlo sin riesgo para su persona, no impidan el desarrollo de los actos descritos en el mismo⁵⁵⁵”. Por tanto parte de la doctrina, aún concibiendo esta figura delictiva como de resultado, sin embargo entienden (de *lege data*) imposible la aplicación de la comisión por omisión en este tipo de infracciones penales. Es el caso de DEL ROSAL BLASCO quien admite que el art. 173 CP es de resultado, y en el que sin embargo no cabe la comisión por omisión sosteniendo que “quedan fuera del ámbito del precepto todos los comportamientos que no consistan en la utilización de la fuerza física o el acometimiento material contra el sujeto pasivo y no son pensables por tanto formas omisivas⁵⁵⁶”. De la misma opinión es ACALE SÁNCHEZ, pues al igual sostiene que el art. 173.2 es un delito de resultado pero “con relación a los requisitos exigidos por el nuevo art. 11 CP...la comisión por omisión no cabría en estos delitos, no precisamente por la falta de un resultado, sino porque además de ser un delito de medios determinados, la acción no es equiparable a la omisión según el sentido del texto de la ley⁵⁵⁷.”

C) No aceptación del resultado en el 173.2 pero sí su comisión por omisión

Partiendo de una opinión contraria también quienes en principio sostienen que estamos ante un delito de mera actividad pero que sin embargo, las conductas omisivas

⁵⁵⁵ MORILLAS CUEVA, L.; “Respuestas del código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), en *Estudios penales sobre la violencia doméstica, Editoriales de derecho reunidas*, Madrid, 2002, p. 683.

⁵⁵⁶ DEL ROSAL BLASCO, B.; “El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar” en LATORRE LATORRE, V. (Coord.) en *Mujer y Derecho Penal, Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, P. 161. También el mismo autor se pronuncia sobre la posibilidad de realización de la conducta en comisión por omisión en “El delito común contra la integridad moral” en COBO DEL ROSAL, *Derecho Penal Español. Parte especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*, Dykinson, Madrid, 2005. p. 224 Consultar también “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?; *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 332-333 quien a partir de la introducción de la violencia psíquica en el tipo penal prevé que las conductas pueden llevarse a cabo tanto por acción como por omisión....

⁵⁵⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 99. Razonamiento que nos recuerda al anteriormente expuesto en relación a la SAP de Barcelona núm. 156/1998 de 20 de febrero.

llevadas a cabo por las personas relacionadas vía familiar o contractual no pueden pasar de largo ante el Derecho penal, por lo que se aceptaría el grado de comisión por omisión en las violencias domésticas⁵⁵⁸. Por tanto aquellos que consideran que aunque las conductas establecidas sean de mera actividad, en realidad se admite su práctica en comisión por omisión, pues los padres son “garantes respecto de los hijos y por ello les es exigible un comportamiento activo para evitar o disminuir el resultado lesivo causado por otra persona⁵⁵⁹”. También Para GRACIA MARTIN el ejercicio de violencia física sí puede tener lugar en comisión por omisión, porque en este caso “puede admitirse sin violentar ni el sentido literal de la ley ni el semántico del verbo, que por omisión sí pueda realizarse o hacerse actuar a algo. Esa posibilidad sólo podría quedar descartada si aquellos significados del verbo impusieran a la interpretación de éste los límites más estrictos y angostos de la concepción del ejercicio de violencia física que resulta de la tesis de la *vis corpori corpori afflicta*, de acuerdo con la cual sería preciso que la fuerza física emanara de y tuviera su origen en el mismo cuerpo del autor⁵⁶⁰”, admitiendo el criterio de “dominio de la violencia por el omitente, como fundamento de la identidad entre la acción y la omisión⁵⁶¹”. Por tanto, ejercicio de violencia que no tiene por qué emanar del cuerpo del autor, no le pertenece y por eso terceros pueden ejercerla también, es igualmente reprochable penalmente que pudiendo impedir que una fuerza física actúe sobre el cuerpo de otro, no se evite⁵⁶².

D) Toma de postura

En último lugar, resaltamos que si aquí hemos partido de la existencia de un resultado, también optamos por la posibilidad de la comisión por omisión. Por eso hay

⁵⁵⁸ BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J.; *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004, p. 115.

⁵⁵⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord), *Código Penal. Concordado con Jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 2005, p. 388.

⁵⁶⁰ GRACIA MARTIN, L.; “Artículo 153”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTIN, L. (Coords.) en *Comentarios al código penal. Parte Especial, Tomo I*, Títulos I a VI y faltas correspondientes. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 464-465.

⁵⁶¹ Así lo describe NUÑEZ CASTAÑO en relación a la opinión de GRACIA MARTIN en *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 116

⁵⁶² GRACIA MARTIN, L.; “Artículo 153”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTIN, L. (Coords.) en *Comentarios al código penal. Parte Especial, Tomo I*, Títulos I a VI y faltas correspondientes. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 465

autores que sin perderse en más dilaciones afirman la posibilidad de la comisión por omisión⁵⁶³. Así esos actos llevados a cabo en comisión por omisión integran igualmente la habitualidad del art. 173.2 y de este modo se tomarán en consideración las “acciones en sentido estricto, los supuestos en comisión por omisión y omisiones puras, ya sean actos tanto de violencia física como psíquica⁵⁶⁴”. Y otros añaden a la reflexión anterior que “pueden integrar la habitualidad tanto acciones como omisiones, resultando indiferente que cada acto, aisladamente considerado haya o no producido un concreto resultado material. Ahora bien, el acto, en sí mismo considerado debe tener relevancia penal⁵⁶⁵”.

Por tanto, en nuestra opinión sí es factible la omisión impropia en este tipo de delitos, caso de que el garante del bien jurídico de alguno de los otros miembros establecidos en la figura delictiva del 173.2 omita sus deberes preestablecidos en base a una obligación civil en este caso (un padre o una madre respecto de sus hijos). Así, al no evitar el resultado teniendo posición de garante, puede decirse que su no acción equivale a su causación porque pudo haber impedido el resultado con su actuación. Las críticas más frecuentes se hacen al amparo del riesgo penal que supondría la posible interpretación extensiva del tipo que recoge el art. 11 CP, y que vaya más allá de lo estrictamente gramatical introduciendo elementos aportados por una interpretación auténtica, pues el legislador penal del 95 suponemos no dejaría sin castigar como autora en comisión por omisión a una madre, que pudiendo evitar los malos tratos del padre sobre el hijo común, no lo hace. De todas formas, para aquella doctrina que no ve factible el castigo en comisión por omisión del 173.2, suponemos que dejaría en manos de la teoría de la participación la responsabilidad penal de estas personas.

⁵⁶³ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial. Décimo quinta edición revisada y puesta al día*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p.188.

⁵⁶⁴ MORENO VERDEJO, J.; “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia”, en POLO GARCÍA, S. y PARAMATO MARTÍN, T.; *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, Cuadernos de Derecho judicial I, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 27

⁵⁶⁵ ARMERO VILLALBA, S.; “Tratamiento legal en España del maltrato familiar”, en *El maltrato familiar en el Derecho Comparado. Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, libro I, 2001, p. 23. De igual manera OLMEDO CARDENETE, M.; “Art. 153” en COBO DEL ROSAL, M.; *Comentarios al Código Penal*, Tomo V., Madrid, Edersa, 1999, p. 478-479.

2.1.2. Habitualidad

2.1.2.1. Comprensión penal del concepto

El delito habitual era definido por ANTÓN ONECA como aquel delito “formado por una serie de acciones que constituyen un hábito del sujeto. Aquí la consumación no se efectúa en un momento, como en el instantáneo o en el permanente, sino que es el resultado de pluralidad de acciones que llegan a constituir un hábito. Esto es, un comportamiento del sujeto, con cierta constancia, indicadora de un modo de ser del mismo. Por lo que se ha visto en los delitos habituales tipos delictivos de autor, frente a los corrientes en las legislaciones, que son <tipos de hecho>⁵⁶⁶”.

A partir de este concepto tradicional de habitualidad se construirá todo un entramado conceptual en el delito de violencia doméstica que acabará por derivarse hacia otras interpretaciones por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Al igual que en el resto de delitos, la *habitualidad* exigida desde un principio, desde su creación en 1989, planteaba (y sigue planteando hoy) el problema eterno de los delitos habituales, que no es otro que su compatibilidad o no con un Derecho penal del hecho basado en el principio de culpabilidad, puesto que dicho elemento del tipo pareciera estar más acorde con un Derecho penal de autor, al castigar las conductas en base a una característica del sujeto activo: la de ser habitual o lo que es lo mismo, su predisposición o tendencia a delinquir más que por el número de actos delictivos llevados a cabo por esa misma persona.

Según qué criterio tomemos de referencia, estaremos haciendo mayor hincapié en las conductas o en los sujetos, es decir, en una interpretación del término en clave objetiva (hechos)⁵⁶⁷ o en clave subjetiva (sujetos)⁵⁶⁸. Adelantamos que el análisis de

⁵⁶⁶ ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal, segunda edición anotada y puesta al día*, Akal, 1986, p. 504-505.

⁵⁶⁷ Circular 1/1998 de 21 de octubre de 1998 sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, que afirma que la habitualidad se predica no del sujeto sino de la acción y se integra como uno más de los elementos del tipo objetivo.

⁵⁶⁸ GRACIA MARTIN, L.; *Comentarios al código penal. parte especial I, Títulos I a IV y faltas correspondientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 449, en donde el autor específicamente reconoce que “la habitualidad es una característica personalísima del autor, en cuanto hábito o inclinación a la realización de determinados hechos” para añadir más adelante que la habitualidad parte de “la realización objetiva de una pluralidad de actos”.

este concepto en este estudio se hace después de analizar las conductas y no más tarde porque estimamos que éste acompaña a los hechos y no a los sujetos, es decir, que es la conducta la que es habitual. En las primeras redacciones del tipo nada se clarificaba de *lege data* en la ley acerca del contenido de la habitualidad de la que se trataba, es a partir del año 1999 cuando aparece una definición que permanece hasta día de hoy.

En el caso de la violencia doméstica ya desde el inicio, se observó que la naturaleza del concepto podría causar estragos en la doctrina y jurisprudencia. Pero adelantamos que con carácter general “el fundamento de la habitualidad es eminentemente objetivo en el Derecho penal y jurisprudencial y subjetivo para la Criminología, mientras que la doctrina se inclina por una u otra de esas direcciones⁵⁶⁹”.

2.1.2.2. Evolución: Aplicación a la violencia doméstica

Los autores que se encargaron de estudiar este delito en su primera versión matizan si la habitualidad es un elemento típico o no, percatándose de que realmente se trata de un elemento de la acción y, por tanto de un elemento del tipo objetivo⁵⁷⁰ descartando su análisis en sede de tipo subjetivo o de culpabilidad. El siguiente escollo fue comprobar si la habitualidad podía considerarse como un elemento descriptivo del tipo que precisare de la interpretación del Juez o Tribunal en cada caso concreto⁵⁷¹ o si por el contrario estaba considerado como un elemento normativo al que se llegaba a través de una interpretación analógica del art. 94 CP que define como reos habituales a aquellos

⁵⁶⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; y SERRANO GÓMEZ, A.; *Derecho penal español, Parte Especial*, decimoséptima edición, Dykinson, Madrid, 1994, p. 157. En el mismo sentido GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica” en *Estudios penales y Criminológicos XXV*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p.79

⁵⁷⁰ GANZENMÜLLER ROIG, G., ESCUDERO MORATALLA, J. F., FRIGOLA VALLINA, J., *La Violencia Doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, 1999, Barcelona, p. 305 y el mismo autor defiende la diferencia entre la habitualidad y la reincidencia, puesto que no se exige que haya sido condenado por delito de la misma naturaleza. Para probar la habitualidad del 153 no hacen falta probar la existencia de tres denuncias, sino que bastará con acreditar varios actos de violencia. En este sentido consultar también GUIASASOLA LERMA, C.; *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 106 en donde la autora establece que en realidad la conducta típica de las violencias habituales domésticas constan de dos momentos, el primero que sería ejercer violencia física o psíquica sobre determinadas personas y el segundo, que sería su realización habitual, por tanto la habitualidad es parte de la acción.

⁵⁷¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La Violencia Doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001, p. 128.

que hayan cometido al menos tres de los delitos contenidos en un mismo capítulo en un plazo no superior a cinco años⁵⁷². También es importante establecer las diferencias con la agravante de reincidencia tipificada en el art. 22.8 CP, que obliga a que el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito del mismo título del código penal para castigar por esta agravante.

En las primeras definiciones típicas de la violencia doméstica, concretamente en sus versiones de 1989 y 1995, *lege data* no se hacía mención a qué clase de habitualidad era la que debía reunir la violencia física para constituirse en un delito de violencia doméstica, fue entre otras, la FGE⁵⁷³ la que en 1990 salió al paso de tales dificultades, baremando dos opciones: *a)* Una interpretación en sentido jurídico y formal, de multirreincidencia en faltas o delitos de malos tratos; pero que descartó alegando que se “constituiría la espinosa cuestión del *non bis in idem*”. Y *b)* otra en el sentido naturalístico o material, mayoritariamente más aceptada y por la que apuesta la propia FGE que entiende la habitualidad como la repetición de actos de idéntico contenido atendiendo a la cuantificación numérica y a la proximidad cronológica. Idea que ha repercutido en la jurisprudencia desde donde se afirma que la “habitualidad no es un concepto jurídicamente definido sino una cuestión de hecho que supone hábito o costumbre⁵⁷⁴”, sin embargo esta manera jurisprudencial de definirla no coincide tampoco con lo que quiso manifestar la FGE, ya que ese hábito nos recuerda a la definición tradicional de habitualidad que debemos descartar en este ámbito.

En la doctrina CUELLO CONTRERAS estima que “no es la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es: la <permanencia> del trato violento⁵⁷⁵”. En el mismo sentido

⁵⁷² **Art. 94 CP:** *A los efectos previstos en la sección 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.*

⁵⁷³ Circular de la FGE 2/1990 de sobre la aplicación de la Reforma de la LO 3/1989, de actualización del código penal, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. 1586-1587, p. 364.

⁵⁷⁴ SAP Tarragona núm. 283/1998 (Sección 2ª) de 26 de mayo.

⁵⁷⁵ CUELLO CONTRERAS, J.; “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época núm. 32, Diciembre 1993, Consejo General del Poder Judicial, p. 11.

CUENCA i GARCÍA apuesta por la acreditación de la habitualidad no en términos numéricos o formales sino mejor entendida como concepto criminológico, “de lo que se trata no es de cuantificar la habitualidad (y tener que probar el número de agresiones), sino de probar la perseverancia del sujeto activo, las violencias reiteradas, su continuidad; ya que los agresores utilizan la violencia como forma de relación y comunicación normal⁵⁷⁶”. Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO a efecto de los actos computables para la habitualidad, solamente cuando el delito habitual se constituía como la forma agravada de otro tipo base, cabía “recurrir a las precedentes condenas por el segundo para inducir de su repetición la forma agravada por la habitualidad (por ejemplo, las violencias habituales a familiares del art. 425 CP, cuya habitualidad puede derivarse de la condena por anteriores faltas de malos tratos del art. 582, párr. 2º)⁵⁷⁷”.

Si ese era el camino seguido por la doctrina, la jurisprudencia sin embargo se centraría en su versión numérica, exigiendo al menos la concurrencia de tres actos violentos en los primeros años de vida de esta figura delictiva ante la falta de precisión del código y, además que esos tres hechos acontecieran en un espacio no superior a cinco años. Los hechos debían probarse por una denuncia o mediante una sentencia condenatoria y es por eso que en la práctica, la aplicación severa de estos requisitos daría lugar a una interpretación y aplicación formal, sin atender por tanto al estado de agresión permanente en su conjunto. La estimación de tal concepto en su versión objetiva dejó casi inaplicable el delito en los primeros años de existencia, derivando los casos a la aplicación, pues en muchos casos para acreditar esas faltas anteriores se exigía previa denuncia de los hechos y en un análisis posterior se vería si esos hechos habían sido objeto de enjuiciamiento con anterioridad⁵⁷⁸.

Con el devenir del tiempo y el acometimiento de sucesivas reformas, como tendremos ocasión de comprobar, también la jurisprudencia acabará atendiendo a ese

⁵⁷⁶ CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, p. 33

⁵⁷⁷ CONDE PUMPIDO-FERREIRO, C.; *Derecho Penal. Parte General (Obra acomodada a los vigentes programas de las oposiciones a las carreras Judicial y Fiscal)*, 2ª ed., Madrid, 1990. p.505.

⁵⁷⁸ Critica esta práctica jurisprudencial MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; (Coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1518, especialmente nota al pie 13.

estado de agresión constante y de terror creado sin importar el número de actos llevados a cabo, aceptando que incluso a veces en un mismo proceso abierto puede quedar constancia de más de un episodio de violencia que demuestre el estado de terror y de agresión permanente a la que la víctima está sometida. Aún así tras la entrada en vigor del nuevo código penal de 1995, poca claridad se aporta en materia de habitualidad, hasta el punto que el debate vuelve a ser el mismo, aunque el tipo introduce una cláusula concursal: *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso se causare*, que permite diferenciar los resultados distintos del propio estado de agresión. De nuevo, las mismas corrientes a destacar, pero en definitiva en la práctica sigue estimándose “como la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal, siempre que existan al menos agresiones cercanas⁵⁷⁹”. El problema es que en la práctica del enjuiciamiento de estos casos se exigieron tres actos de violencia del mismo capítulo en un periodo no superior a cinco años para poder apreciar la habitualidad, lo cual se presentaba como principal inconveniente para el juzgador a la hora de aplicar el tipo. Un requisito demasiado rígido, por el que muchas mujeres quedaban desprotegidas ante la imposibilidad de prueba, y para el juez resultaba demasiado difícil no caer en el *non bis in idem*, por lo que no hacía más que favorecer la impunidad del autor y lo más importante, la no protección de las personas sometidas a violencia. La Jurisprudencia seguía entendiendo por habitualidad, “la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal siempre que existan al menos agresiones cercanas. Existe perfecta correlación entre los hechos dados por probados y la pertinente y oportuna aplicación del precepto, cuya oportunidad se discute. Si como consecuencia de los hechos se producen lesiones típicas, habrá que acudir al concurso. El artículo 153 del CP de 1995 reproduce, con ligeras modificaciones, el sentir y proyección del originario artículo 425⁵⁸⁰”.

⁵⁷⁹ STS núm. 1161/2000 (Sala de lo Penal) de 26 de Junio (RC 735/1999) en el Fundamento de derecho 4º.

⁵⁸⁰ en la SAP de A Coruña 47/2000 de 20 de marzo (RA 269/1999) en la que se cita la STS de 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9036).

Destacamos dos elementos, los únicos válidos hasta entonces para los jueces, que hacían coincidir el concepto con uno más jurídico-formal que criminológico-naturalístico:

Por un lado, un requisito cuantitativo, es decir, un número de actos que deben apreciarse para que concurra dicho requisito, en el que antes debe de apreciarse un criterio cualitativo, es decir, cuál es el mínimo de lesividad a partir del cual cabe hablar de conducta a sumar: o lo que es lo mismo, si los actos que componen la habitualidad son constitutivos como mínimo de las faltas del 617 y 620, o si cabe valorar actos cuya lesividad es menor. Según lo razonable, el mínimo son las faltas no valiéndose criterios como el pernoctar fuera de casa sin avisar⁵⁸¹, por ello, parte de la doctrina afirma que hay que partir “por lo menos, de un golpe o maltrato de obra en el caso de la violencia física y de una coacción o amenaza, injuria o vejación injusta de carácter leve en el caso de la violencia psíquica⁵⁸²”, sin que sea por lo tanto suficiente la causación de un menoscabo psíquico predispuesto en el tipo penal del art. 153.1 CP⁵⁸³. OLMEDO CARDENETE parte de la acreditación de tres actos como mínimo, pero puede ser, que para demostrar el estado de agresión permanente se recurra a pruebas diversas como denuncias, partes de lesiones, declaraciones de la víctima, testigos, etc.⁵⁸⁴.

Por otro lado, el elemento temporal, es decir, el periodo de tiempo que debe haber transcurrido desde la producción del último de los actos de violencia hasta el siguiente. No vale para consolidar el tipo de violencias habituales que tres actos se lleven a cabo en el mismo día, así como el acto violento esporádico que se repite de forma desconectada en el tiempo y sin embargo sí debe apreciarse habitualidad en las violencias sistemáticamente ejercidas a la pareja cada vez que hay un reencuentro en el

⁵⁸¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA, L., Estudios penales sobre violencia doméstica, Madrid, 2002, p. 206.

⁵⁸² CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 272.

⁵⁸³ Íbidem.

⁵⁸⁴ OLMEDO CARDENETE, M.; *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, p. 94.

caso de que esa pareja para tiempo separada por motivos laborales o cualquier otro y sin embargo por sistema se reproduzcan reencuentros violentos⁵⁸⁵.

Esta opción barajada por los tribunales presentaba algunos problemas de prueba, es decir, exigir que los actos aislados que componen la habitualidad estén correctamente acreditados a través de una denuncia, lleva aparejada una contradicción; ya que si ésta existía (la denuncia) y además había condena, volver a contabilizar ese hecho juzgado para constituir la habitualidad era visto por muchos como un hecho flagrante de *bis in idem*, motivo por el que la mayoría de los casos el delito de violencia física habitual acababan resolviéndose a través de la falta de maltrato y el delito quedaba inaplicable.

El punto de inflexión importante llegó de la mano de la LO 14/1999, pues no fue hasta esta reforma cuando se incorpora una específica definición en el tipo. A partir de ahora se especifica que *para apreciar la habitualidad..., se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.*

La doctrina pronto se percataría de que en realidad ésta no es una definición de habitualidad, pues no aportaba los criterios materiales con los que dar contenido a cada uno de los requisitos⁵⁸⁶, pero al menos sirvió para desterrar la interpretación por la vía analógica del concepto de habitualidad del art. 94, y por lo tanto fraguando la idea del uso de una habitualidad específica para el enjuiciamiento del delito de violencia doméstica. De dicha cláusula se desprenden ya no dos sino cuatro pautas para apreciar

⁵⁸⁵ NUÑEZ CASATÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 155-156-157

⁵⁸⁶ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marial Pons, Madrid, 2000, p. 73 y ss. De la misma manera CANCIO MELIÁ, M.; “art. 153”, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; *Compendio de Derecho Penal, Parte especial, Vol. I*, Colección Ceura, 2003, p. 428 “el legislador ha optado ahora por abordar esta cuestión mediante una definición auténtica que se ha incorporado al texto del precepto. Sin embargo, una vez examinada esta definición, se observa que en realidad no aporta nada para los elementos más determinantes: el número de actos de violencia y la conexión temporal entre éstos son mencionados en el texto, pero sin concreción alguna”. Ver en el mismo sentido GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto de “habitualidad” en el delito de violencia doméstica”, en VVAA, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 78 pues no establece criterios materiales con los que determinar el contenido de los requisitos.

la habitualidad: a) número de actos, b) conexión temporal, c) indiferencia de que los actos se lleven a cabo sobre la misma o diferentes personas pertenecientes al núcleo descrito en el tipo y, d) indiferencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores, aunque para CAMPOS CRISTÓBAL estos elementos merecían una opinión negativa “las dos primeras notas por decir más bien poco, las dos últimas por decir demasiado⁵⁸⁷”.

No consiste en una cláusula rígida y, por tanto, permitirá en un futuro englobar más casos de violencia que hasta el momento quedaban impunes o fuera del tipo, por tanto “no es que el legislador suministre una definición de lo que ha de entenderse por habitualidad, sino que, más bien, fija las pautas que el intérprete y aplicador de la ley debe tener en cuenta para apreciar su concurrencia⁵⁸⁸”. El eje al que atender es el estado de terror provocado en la víctima, incluso a partir del segundo hecho probado (que no tiene por qué estar condenado), siempre que se demuestre que efectivamente la víctima vive en una situación constante de angustia y sometimiento que le provoca ese estado de terror⁵⁸⁹. Según CERVELLÓ DONDERIS “con la regulación de esta figura delictiva se pretende castigar cualquier agresión violenta ocurrida en el seno familiar sin necesidad de producir lesión, ya que en este caso las lesiones efectivamente producidas reciben su castigo correspondiente, esto significa que los hechos delictivos que mayor impacto social producen, como los homicidios o asesinatos entre cónyuges, no siempre son constitutivos de maltrato ya que si se trata de esa conducta aislada no entra en la concepción de violencia doméstica que exige la repetición de actos violentos. Para ello es determinante la habitualidad del maltrato, ya que lo que se pretende castigar es el uso

⁵⁸⁷ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género” en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género, (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 258.

⁵⁸⁸ OLMEDO CARDENETE, M.; “Artículo 153”, en COBO DEL ROSAL, *Comentarios al código penal*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1999, p. 501, estimando dicho autor que esos dos criterios son los que venimos sosteniendo: el número de actos necesarios y la proximidad temporal entre ellos.

⁵⁸⁹ En este sentido, consultar la opinión de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA, L (Coord), en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 203, quien establece que “desde una concepción material de la habitualidad, lo relevante será constatar la afección al bien jurídico, esto es, la persistencia en el tiempo de un estado de violencia capaz de conculcar la seguridad de quienes mantienen o han mantenido con el maltratador ciertas relaciones de carácter familiar o análogo”.

sistemático de la violencia como medio de vida, aquellos casos en que se trata de una forma de relación y comunicación normal dentro del seno familiar⁵⁹⁰”.

En la misma línea, la FGE mediante Circular de 21 de Octubre de 2001 resuelve que a efectos de la habitualidad en las violencias domésticas, “resultará indiferente que se declaren probados todos y cada uno de los actos que integran la habitualidad en una sola sentencia”, flexibilizando los términos en que debe aplicarse este elemento típico con una interpretación más complaciente a los fines que se persiguen: posibilitando que en una sola sentencia se conozca de varios actos violentos, posibilidad de acreditar la habitualidad pese a la inexistencia de condenas anteriores, estimando a tal fin igualmente actos que no sean idénticos. Por tanto considerando la habitualidad exigida como “conducta reiterada distinta de cada uno de tales actos pero evidenciada por éstos, que, más o menos graves son desplegados por el sujeto activo respecto de las personas del entorno familiar y que propician no una situación puntual o hecho aislado violento sino la creación de un clima de violencia sostenida⁵⁹¹”. En el mismo sentido de la FGE, se pronuncia el Informe sobre la violencia doméstica de la Comisión de estudios e informes del CGPJ, aprobado por el Pleno el 7 de febrero de 2001 estableciendo la habitualidad como un concepto de clara raíz criminológica y concluyendo en ese sentido que ésta “supone un *aliud y un plus* distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente a partir de la vigencia del nuevo Código Penal⁵⁹²”, más bien nosotros apostillaríamos que se produce tras la reforma de 1999.

Trataremos ahora de llenar de contenido cada uno de los cuatro elementos de los que parece constar esta definición actual, así comenzamos por los dos básicos, que son el número de actos y su conexión temporal. De esta forma el criterio contrario a la aplicación analógica del art. 94 CP es jurisprudencialmente apoyado mediante STS de 7 de julio de 2000, en la que se desestima el recurso interpuesto por el acusado que alega la falta de habitualidad de que se le acusa por la Audiencia de instancia que falló una condena por el delito del art. 153 y dos faltas de lesiones del art. 617.1, estableciendo

⁵⁹⁰ CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, en *Cuaderno del Instituto vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 15, 2001, p. 77.

⁵⁹¹ Circular 1/1998 de 21 de octubre de 1998 sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

⁵⁹² Puede consultarse en *Actualidad Penal* núm. 16, del 16 al 22 de abril de 2001, en su p. 95

que de las diferentes corrientes interpretativas manifestadas a lo largo de los años, “la más habitual entiende que tales exigencias se satisfacen a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas⁵⁹³”. Continúa argumentando el TS que prescinde del automatismo numérico anterior entendiendo con mayor acierto que, “lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción violenta⁵⁹⁴”.

Estas ideas han desembocado en la jurisprudencia que ha seguido en su mayoría esta última opción que define la habitualidad como “la repetición de actos de contenido idéntico, pero no siendo, estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que con ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo. No se trata por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia como se ha recogido en algunos postulados doctrinales para exigir la presencia del hecho delictivo por la habitualidad del mal trato o, incluso en alguna resolución judicial que exigía la cuantificación sino que lo importante es que el Juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente⁵⁹⁵”.

Pero a pesar de todo ello la doctrina niega que en el art. 173.2 se configure una genuina <habitualidad criminal> aunque por supuesto no puede equipararse con el sentido formal establecido en el art. 94 CP y considera que la habitualidad en este caso

⁵⁹³ STS 7 de julio de 2000, Fundamento Jurídico 6 (STS núm. 1208/2000 de 7 de julio).

⁵⁹⁴ STS 7 de julio de 2000, Fundamento Jurídico 6 (STS núm. 1208/2000 de 7 de julio)

⁵⁹⁵ SAP de Córdoba de 12 de febrero de 1999.

es una exigencia típica que da origen a un delito habitual⁵⁹⁶. Debemos distinguir entre delitos habituales propios e impropios⁵⁹⁷, decantándose parte de la doctrina por la consideración de la habitualidad de los malos tratos del 173.2 como delito habitual propio⁵⁹⁸. Sin embargo ALONSO ÁLAMO sostiene que para no caer en el *ne bis in idem* en el art. 173.3 debemos partir de una noción objetiva de la habitualidad y estimando que estamos ante un delito habitual impropio, es decir, que cada acción particular es constitutiva de delito, pero su repetición lleva a una pena más grave, que es lo que ha ocurrido tras el 2003, que las acciones que formaban la habitualidad dejan de ser faltas para ser delito⁵⁹⁹. Hay por ello una parte de la doctrina que critica que estos autores nieguen el sentido subjetivo, y que se resistan a interpretar este requisito de

⁵⁹⁶ GUIASOLA LERMA, C.; *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 107-108.

⁵⁹⁷ Sobre la distinción de delitos habituales propios e impropios ver GUIASOLA LERMA, C.; *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 108: Los delitos habituales propios se forman a partir de conductas que aisladamente consideradas no constituyen delito exigiéndose la repetición de un número indefinido de actos, y los delitos habituales impropios son aquellos formados por conductas que aisladamente consideradas constituyen de por sí delito sin que la realización de varias de ellas implique más que un solo delito. En este sentido también estimaría un delito habitual propio GRACIA MARTÍN, L.; “Art. 153” en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords.); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 457 pues “el delito de malos tratos, en contra de lo que entiende la doctrina dominante, es un delito habitual en el sentido estricto de que los actos de violencia física constitutivos de aquel no son por sí mismos delictivos_ particularmente no constituyen faltas de malos tratos del art. 617.2 CP_ y adquieren aquel rango en virtud únicamente de la habitualidad.”

⁵⁹⁸ GUIASOLA LERMA, C.; *Reincidencia y delincuencia habitual.., op. cit.*, p. 108 en concreto la autora se decanta por considerar este delito como habitual propio porque “las conductas aisladamente consideradas no constituyen delito” y porque “la realización del tipo exige una repetición de actos sin que, normalmente la figura legal precise el número exacto de ellos que hay que realizar para entender cometido el delito”.

⁵⁹⁹ ALONSO ÁLAMO, M.; “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, 2008, p. 32 y 39. La misma autora ya se refirió con detalle al delito habitual impropio en “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 59 y ss, afirma que tras la reforma de 2003 en la que se separan las violencias ocasionales (que ya no son falta sino delito) de las habituales, por lo que “la violencia habitual del art. 173 da origen a un delito habitual impropio en el que la acción individual constituye delito, no una simple falta como sucedía antes de la reforma, el delito tipificado ahora en el art. 153”. También la misma autora en “Protección Penal de la igualdad y Derecho Penal de género” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, 2008, p. 39. En el mismo sentido MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 114, considera que estamos ante un delito habitual impropio “dado que los actos de violencia aislados son típicos, y la habitualidad en el comportamiento configura un delito distinto, con la consiguiente exasperación del marco punitivo”.

manera subjetiva para salvar las dudas de constitucionalidad de un precepto que se configura claramente como un delito habitual impropio de tendencia⁶⁰⁰.

En realidad, para responder a si la habitualidad se conforma sólo por delitos o por faltas el apartado 3 no aclara mucho ya que se refiere a actos de violencia acreditados sin especificar, pero si tomamos de referencia el apartado 2 *in fine*, observamos que la cláusula concursal hace referencia a tomar en consideración los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Por lo que cabría sumar a efectos de la habitualidad comportamientos con la entidad de falta.

Los problemas que ha suscitado el nuevo concepto de habitualidad no son pocos. La repetición de actos y la estimación de otro delito distinto que se construye de la suma de aquellos puede llevar a topar con el principio de *non bis in idem*. Especialmente crítico se pronuncia BECHIARELLI pues “no es la habitualidad el fundamento del castigo penal de la conducta repetida... sino, antes bien, es el eje sobre el que se articula una episódica y original conversión de unas faltas, que son ya tales, en delito. Y entonces, la cuestión se nos presenta como meridianamente clara en orden a la salvaguarda del principio *non bis in idem*; o la conducta es considerada falta, y se castiga de acuerdo con lo previsto en el art. 617 del código penal, o alternativa, que no acumulativamente, se constituye en delito, por la concurrencia de otras conductas homogéneas. Pero, ambas cosas a la vez, entendemos que no, porque la vulneración de dicho principio *non bis in idem* es poco menos que automática⁶⁰¹”. En verdad este planteamiento no atiende al distinto fundamento de uno y otro tipo penal, ni por tanto al estado de agresión. La solución a la compatibilidad de esta definición respecto de tal principio viene dada según JAEN VALLEJO, por la diferencia que se establece desde la habitualidad con los requisitos exigidos para probar la reincidencia estableciendo que, en la habitualidad no se exigen condenas previas por las mismas conductas, sólo la acreditación de que se hayan realizado varios actos de violencia con las personas que exige el precepto⁶⁰².

⁶⁰⁰ MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. p. 114.

⁶⁰¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marial Pons, Madrid, 2000, p. 83.

⁶⁰² JAEN VALLEJO, M.; *Derecho Penal Aplicado. (Parte general y parte especial)*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 195.

Y así, respecto del tercero de los elementos que podemos analizar en el habitualidad, y es la indiferencia de que los actos se lleven a cabo sobre las mismas o diferentes personas. Y ante el silencio de la norma respecto de los sujetos pasivos objeto de acumulación de hechos el legislador resuelve al fin en 1999 que se aplicará *con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo*.

Pese a la literalidad del tipo hoy, históricamente las violencias no cabía sumarlas cuando fueran llevadas a cabo a diferentes miembros de la unidad familiar⁶⁰³, según la propia FGE sólo serían acumulables ante el mismo sujeto pasivo⁶⁰⁴. De la misma opinión CUENCA i GARCÍA sostiene que “en los supuestos en los que los malos tratos recaigan sobre distintos miembros del grupo familiar, no es posible acumularlos, aunque el sujeto activo sea el mismo⁶⁰⁵”. En la doctrina, se consideran a favor de contabilizar las conductas recaídas sobre distintos autores⁶⁰⁶. Pero también hay quienes se pronuncian en contra, porque “la indeterminación del sujeto pasivo, objeto material del delito de violencia doméstica le parece una ampliación excesiva por muy acotado que

⁶⁰³ La Circular de la FGE 2/1990 de 1 de enero que aplica la Reforma de la LO 3/1989, de actualización del código penal así lo certifica.

⁶⁰⁴ Criterio que la propia FGE más tarde cambiará, mediante Circular FGE 1/1998 de 21 de octubre, en la que se expone expresamente que “la circular 2/1990 fruto del anterior marco jurídico_ sostuvo que no cabe sumar los maltratos aislados a diferentes miembros de la familia para inducir de ello la habitualidad que el tipo exige. Tal afirmación debe ser matizada: sí cabrá sumar los actos violentos que recaigan sobre diferentes miembros de la familia, para apreciar la habitualidad, cuando determinadas circunstancias que habrán de ser valoradas en cada caso, tales como la convivencia en el mismo domicilio familiar de las víctimas, impliquen la existencia de un clima de violencia doméstica que suponga una perturbación que afecte al desarrollo de todos en el núcleo familiar, en cuyo caso sí estaremos ante un único delito del art. 153 CP.”

⁶⁰⁵ CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, p. 34

⁶⁰⁶ GRACIA MARTÍN, L.; en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 449 afirmando que “la constitución del tipo tendrá lugar también cuando los actos violentos hayan tenido como objeto a personas distintas del grupo de convivencia en que los ejerce el autor de un modo habitual. La habitualidad es una característica personalísima del autor, y su constitución —en cuanto hábito o inclinación a la realización de determinados hechos— no puede hacerse depender, evidentemente, de los eventuales y fungibles objetos concretos sobre los que aquél proyecte sus actos en momentos determinados.”. En el mismo sentido se pronuncia ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 141 pero estima que aunque se puedan sumar los actos de violencia recaídos sobre distintas personas del ámbito familiar, en base a la habitualidad, los actos de agresión deben producirse en distintos momentos, no vale la agresión única múltiple.

sea el círculo de personas acotado en el precepto⁶⁰⁷”. Y por eso en todo caso se acudiría al concurso real cuando concurra más de una persona como víctimas del maltrato⁶⁰⁸.

En realidad, según el bien jurídico que tomemos en consideración, esta suma tendrá más sentido según una u otra opción, es decir, depende de si el bien jurídico es de carácter personal, o si por el contrario se trata de uno con carácter supraindividual. De esta última manera parecería tener más sentido la posibilidad de acumular los actos llevados a cabo en diferentes sujetos pasivos, siempre y cuando pertenezcan al mismo ámbito familiar, pensemos en el bien jurídico pronosticado por algunos como puede ser la paz familiar. Según la Jurisprudencia, “lo relevante en relación con este delito, es constatar si en el *factum* se describe una conducta atribuida al recurrente que atente contra la paz familiar y se demuestre en agresiones que dibujen un ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de la habitualidad, que junto con el ataque a la paz familiar constituyen las dos coordenadas sobre las que se vertebra el tipo penal⁶⁰⁹”. “La propia jurisprudencia también se refiere a “una agresión continuada, que afecta no sólo a la integridad física sino a la dignidad y la estabilidad psíquica de la persona que, en el seno de una relación de las detalladas en el artículo 153, se ve sometida por uno de sus componentes, a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada, que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio, que vulnera la propia personalidad de la víctima. El tipo del artículo 153 del Código Penal, precisamente, se ha creado para recoger y elevar a la categoría de delito, el reiterado y anormal comportamiento de los que, en el seno de una convivencia familiar hacen de la misma, un infierno salpicado de conductas repetidas que, por su valoración aislada, se convertirían en un rosario de faltas, levemente castigadas, que no alcanzarían el reproche penal que tan ofensiva actitud global merece. Es decir, la habitualidad no se concreta en un determinado número de agresiones, sino en una situación de dominio provocada por la reiteración de

⁶⁰⁷ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, núm. 5, julio 2000, p. 28.

⁶⁰⁸ OLMEDO CARDENETE, M.; “Artículo 153”, en COBO DEL ROSAL, M; *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, 1999, p. 510.

⁶⁰⁹ Auto de TS núm. 1909/2006 (RC 10223/2006).

una conducta que estatuye una situación de hecho en el que la violencia es empleada como método de establecimiento de las relaciones familiares, subyugando a quien las padece por el capricho del dominador⁶¹⁰”. Pareciera que estimando la paz familiar como bien jurídico tendría más sentido sumar a distintos sujetos pasivos.

Y si el bien jurídico es individual no cabría en principio, sumar las agresiones a diferentes personas, a no ser que entendamos que lo realmente importante es el estado de agresión permanente y de terror que esos hechos indirectamente provocan en la persona. Por eso haciendo uso de una visión naturalística de la habitualidad (no jurídico formal) a día de hoy más común, se entiende que cabe acumular distintos actos de violencia llevados a cabo sobre distintas víctimas, porque lo que importa no es tanto el número sino la existencia de un estado de violencia permanente⁶¹¹, que puede afectar a un bien jurídico de carácter eminentemente personal como veremos. Esta traducción de habitualidad por “clima de violencia”, ha generado una flexibilización respecto de la proximidad temporal entre los actos violentos y la indiferenciación de los sujetos pasivos de la violencia, que ha llegado a agrupar bajo la misma habitualidad aquellos hechos llevados a cabo sobre diferentes sujetos pasivos siempre que pertenezcan al mismo ámbito familiar y que estén sometidos a ese clima de violencia⁶¹². Incluso, hay autores que estiman que desde la reforma de LO 14/1999 se ha configurado una especie de sujeto pasivo solidario⁶¹³”. Es decir, que cuenta la violencia ejercida contra la mujer, pero también la de los hijos, lo cual puede demostrar el estado de agresión, pero como veremos mezcla los conceptos de violencia de género con el de violencia doméstica.

⁶¹⁰ STS núm. 181/2006, de 22 de febrero, RC 1203/2004.

⁶¹¹ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.; “Cuestiones concursales en el delito del art. 153 del código penal”, en MORILLAS CUEVA, L.; (Coord.), en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 2002, p. 319.

⁶¹² GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto de <habitualidad> en el delito de violencia doméstica”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 99-114 en cuanto a la proximidad temporal entre los actos y los sujetos, la prueba de esos actos, la compatibilidad con el non bis in idem, la relación de la cosa juzgada, los actos prescritos y los concursos. También CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho penal, Parte Especial, Tomo II, Adaptado al programa de las pruebas selectivas para el ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 1999, p. 641 “no es preciso que la violencia física se reitere sobre el mismo sujeto pasivo, pudiendo recaer indistintamente sobre cualquiera de las personas a que el tipo se refiere, ya que la habitualidad, equivalente a peligrosidad o predisposición para el delito, es personal del reo.”

⁶¹³ DOLZ LAGO, M. J.; “Violencia doméstica habitual: mitos y realidades”, en *La Ley*, Año XXI, diario núm. 5047, de 5 de mayo de 2000, p. 3.

Como vimos, la Circular 2/1990 de la FGE exigía la individualidad aunque corrigió este criterio en 1998 uniéndose al del clima de violencia y esa opinión fue seguida por MUÑOZ SÁNCHEZ quien “contempla la reiteración de agresiones en un contexto de abuso de una posición de dominio proporcionada por una relación familiar o similar como un trato degradante, (por lo que el) sujeto pasivo será sólo la persona o personas que son objeto de la agresión física o psíquica permanente. Los efectos que tal estado de agresión pueda ocasionar a otros miembros del grupo familiar serán valorados de forma autónoma, al igual que ocurre respecto de las lesiones ocasionadas a la víctima como consecuencia de la violencia ejercida⁶¹⁴”.

En último lugar, el requisito que hace hincapié en la cosa juzgada. Además de la posible vulneración al principio *non bis in idem* se presentan dificultades relativas a la cosa juzgada y a la prescripción de los hechos que entran a configurar la habitualidad, y a los concursos (éste último punto será objeto de desarrollo más adelante). Según MONGE FERNÁNDEZ, “en el art. 173.2 el plazo de prescripción no se refiere al de las faltas o delitos que integran los actos de violencia, sino que aquel será computado a partir del art. 173.2 (tres años), partiendo del último de los actos de violencia tomados en consideración y, por tanto, desde que cesó la conducta antijurídica habitual⁶¹⁵”. Aunque en relación con la cosa juzgada la doctrina establece que “sí debe ser posible computar los hechos juzgados para constituir la habitualidad sin que ello suponga infracción alguna del principio de cosa juzgada⁶¹⁶”.

Respecto de si cabe o no contabilizar los actos prescritos, adivinamos es una cuestión profundamente relacionada con el principio de seguridad jurídica⁶¹⁷, sin

⁶¹⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.; “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 86

⁶¹⁵ MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A. (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p.119

⁶¹⁶ GRACIA MARTIN, “Art. 153” en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 488. Críticamente con esta opinión CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marial Pons, Madrid, 2000, p. 86 y ss

⁶¹⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares, Nueva regulación*, Marial Pons, Madrid, 2000, p. 92 donde el autor se opone de manera manifiestamente contraria al criterio de la Circular 1/1998, oponiéndose por tanto a estimar los actos prescritos como componentes de la

embargo rechazamos este planteamiento. La propia Circular 1/1998 de la FGE precisa que *los actos violentos constitutivos de falta, que por el transcurso de seis meses sin haberse dirigido el procedimiento contra el culpable, se hallaren prescritos, pueden ser tomados en consideración a efectos de determinar la existencia de la habitualidad*. En opinión de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ “el plazo de prescripción de las concretas infracciones en las que se plasma la violencia no afecta a su idoneidad para configurar la habitualidad requerida en el art. 153 CP⁶¹⁸”. Por eso estamos de acuerdo con ACALE SÁNCHEZ cuando salva el *bis in idem* al desvincular el legislador la relación entre estos tipos como básico y agravado y de esta forma, aunque prescriban los singulares actos constitutivos de la falta de malos tratos y no se puedan castigar como tal, sí pueden ser un medio de prueba válido a los efectos de demostrar la habitualidad del maltrato⁶¹⁹. Por tanto a efectos de computar la habitualidad sí pueden estimarse los actos prescritos.

Por todo ello finalmente podemos afirmar que en efecto, esta definición de habitualidad permite acumular los actos de violencia recaídos en los diferentes sujetos del 153 CP⁶²⁰, además de albergar actos que no tienen por qué estar regulados dentro del

habitualidad. Igualmente crítica es MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.; *La violencia doméstica, análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001, p. 233 Y 234, “la prescripción del delito o de la falta es una causa de extinción de la responsabilidad criminal por el transcurso del tiempo. Si el hecho ha prescrito no puede ser castigado no de manera individual, ni para integrar una conducta plural”.

⁶¹⁸ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA, L., *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 221.

⁶¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 119

⁶²⁰ TAMARIT i SUMALLA, J. M.; “Art. 153”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., *Comentarios al nuevo Código Penal*, p. 910 en las que el autor establece el difícil tratamiento de la habitualidad introducido por la reforma de 1999, pues “obliga a replantear el bien jurídico en esta figura delictiva, pues al no parecer ya vinculado este elemento del tipo a la identidad del sujeto pasivo parece más bien que la Ley opta por proteger a través de la misma relaciones familiares, lo que resulta discutible en el plano político-criminal”, en el mismo sentido, consultar ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Colección de derecho penal, Madrid, 2006, p. 293, según esta autora “desde aquí se deduce que sí para conformar la habitualidad, es independiente que los actos de violencia física o psíquica hayan sido realizados sobre la misma persona o sobre diferentes <víctimas> de la misma unidad familiar maltratada, el bien jurídico protegido no puede ser la integridad moral de los miembros singulares de la unidad familiar, pues éste es un bien jurídico eminentemente individual, personalísimo, siendo así que el legislador al admitir la suma de actos singulares constitutivos de malos tratos y dirigidos contra distintas personas, está admitiendo que el bien jurídico tiene un sustrato compartido”.

mismo capítulo del Código, lo cual le diferencia de la agravante de reincidencia. También se pueden sumar actos que ya hayan prescrito, pues en su día aunque no fueron juzgados sí contribuyeron a crear esa atmósfera de miedo y dominación. Y es así éste es el elemento clave por el que se construye en parte un delito distinto de los diferentes actos que lo integran. Como veremos el bien jurídico también va a estar condicionado por todos estos elementos distintivos.

2.1.2.3. La habitualidad ¿Concepto fáctico o normativo?

Ya pusimos de relieve que la habitualidad está unida en este caso a la conducta, y por tanto es parte del tipo objetivo, lo que quedaría por resolver es su carácter fáctico, como suma de actos, o su carácter normativo, debido a esos cuatro requisitos que se establecieron en el apartado inmediatamente anterior. Según BARQUÍN SANZ “el legislador presta atención a la habitualidad como un elemento integrante del tipo de injusto, lo que viene a indicar que una misma conducta puede tener la suficiente relevancia como para merecer la calificación de delito si es reiterada, mientras que será falta si no se produce más que una vez o dos veces⁶²¹”, pero ante este argumento podemos objetar que en realidad, al ser tres los actos exigidos, estaríamos manejando un concepto en principio fáctico, pero que sería normativo porque en realidad exigir tres actos se constituye como un concepto analógico al del art. 94 CP. Opinión sobre el concepto fáctico generalizada a partir del establecimiento de la cláusula concursal, y se estipula por la mayoría de la doctrina que estamos ante un concepto “fáctico más que normativo⁶²²”, porque no exige un mínimo de actos ni tampoco que éstos recaigan sobre la misma víctima, y tampoco que dichos actos hayan sido ya enjuiciados en otros procesos⁶²³, simplemente que estén *acreditados*.

⁶²¹ BARQUÍN SANZ, J.; “Artículo 173”, en COBO DEL ROSAL, M. en *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1999, p. 300

⁶²² MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal, Parte Especial, Décimo quinta edición, revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 189. Igualmente CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, en *Cuaderno Vasco del instituto vasco de Criminología*, núm. 15, San Sebastián, 2001, p. 80.

⁶²³ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial... op. cit.*, p. 189.

Sin embargo pareciera que tras la reforma de 1999 la habitualidad de las violencias domésticas se constituye como un concepto normativo⁶²⁴, pues así se deduce del tipo penal, desbancando aquel criterio fáctico jurisprudencial del que se hacía alarde en épocas anteriores pues en realidad la habitualidad descrita por este tipo penal hace referencia a la proximidad temporal de los actos violentos prescindiendo de esclarecer si la violencia debía ejercerse sobre las mismas víctimas y si era incompatible con que los actos ya hubieran sido juzgados en procesos anteriores⁶²⁵. A partir de su definición típica en 1999, más o menos acertada, NUÑEZ CASTAÑO sostiene su naturaleza como elemento normativo, pues “el legislador de 1999 ha normativizado el concepto de habitualidad, pero no lo ha variado sustancialmente⁶²⁶”, eso sí lo desvinculó del art. 94 CP. Aunque como vimos, los criterios apuntados por el propio legislador necesitan completarse en la etapa judicial.

Estamos de acuerdo con la opción que observa que desde 1999 el concepto ha acabado por normativizarse, conectándolo con todo lo analizado en el apartado anterior, acerca de los requisitos que en realidad se esconden bajo dicho concepto, sin embargo se ha hecho de una forma *sui generis*, porque nada tiene que ver con el art. 94 CP. Por tanto, aunque tradicionalmente se ha mantenido que estamos ante un concepto fáctico, para no confundirlo sobre todo con el tipificado en el art. 94 CP, a día de hoy podemos afirmar que finalmente la habitualidad se ha normativizado porque el legislador ha acabado por positivizar el concepto en el propio tipo penal, aunque interpretemos el término como estado de terror que genera un mayor riesgo de acabar lesionando el bien jurídico que se quiere proteger.

⁶²⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 102

⁶²⁵ DEL ROSAL BLASCO, B.; “Artículo 173”, en COBO DEL ROSAL, B.; *Derecho Penal Español. Parte Especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 225.

⁶²⁶ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 153

2.1.2.4. ¿La habitualidad como concepto objetivo, subjetivo o mixto?

Como ya hemos mencionado, estimar un concepto u otro trae consecuencias de muy diversa índole.

A. En sentido objetivo; Como adelantamos anteriormente, partimos de que lo habitual de las violencias domésticas “es la conducta agresiva y no el agresor, ya que el planteamiento inverso nos devolvería a épocas pretéritas en las que la personalidad o las formas de vida del sujeto constituían la esencia del reproche penal⁶²⁷”. Es decir, la idea que debemos tomar de fondo es que mientras más golpeo o maltrato a una persona, más incrementa el riesgo de acabar lesionando el bien jurídico que la ley trata de proteger, pero nada relacionado con la personalidad de quien lleva a cabo tales actos.

A pesar de la interpretación de la habitualidad aconsejada por la FGE en 1990 en su sentido naturalístico, en realidad se exigieron desde el principio sobre todo jurisprudencialmente tres actos de violencia denunciados y acreditados haciendo uso del término “habitualidad” en un sentido puramente objetivo y formal, sin caer en que paradójicamente este criterio no permitía computar los hechos en términos de habitualidad porque en concreto esos hechos anteriores ya habían sido objeto de enjuiciamiento en otros procesos por topar en el farragoso terreno del principio del *non bis in idem*, motivo por el cual la habitualidad y con ello, el delito de malos tratos domésticos, quedó casi inaplicable en aquellos primeros años de existencia del delito. Pero no nos referimos a un concepto objetivo y formal como el redactado en el art. 94 CP, simplemente a día de hoy esa objetividad debe derivarse del clima de violencia y de los actos en concreto que han creado ese clima de violencia.

En general puede estimarse que tratan de manera netamente objetiva el concepto de habitualidad autores como MUÑOZ CONDE para quien este requisito no conlleva que haya un mínimo de actos de violencia, ni que hayan sido objeto de

⁶²⁷ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 162

enjuiciamiento en procesos anteriores, ni que recaigan sobre la misma persona⁶²⁸. También CUADRADO RUIZ y REQUEJO CONDE para quienes la habitualidad sí debe contabilizar tres actos de violencia, vale sumar los actos llevados a cabo sobre diferentes personas, y debe existir cierta proximidad entre ellos⁶²⁹. La diferencia entre estas dos posturas es que para la segunda sí exige un número mínimo de actos, tres, y además siendo que “la proximidad habría que medirla en términos de razonabilidad, de actos objetivos reiterados de violencia y no como reveladora de una conducta o personalidad violenta del maltratador (lo que conllevaría un derecho penal de autor)⁶³⁰” y además estos autores estiman que pueden contabilizarse a efectos de la habitualidad actos ya prescritos.

B. En sentido mixto; Sin embargo, hay autores que no niegan el carácter subjetivo, que además del objetivo se desprende de dicho término⁶³¹, es decir aceptan ese mayor peligro para el bien jurídico, pero además combinado con que en realidad esa

⁶²⁸ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal, Parte Especial, Décimo quinta edición, revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 189. Resulta interesante la reflexión que hace DEL MORAL GARCÍA, A.; “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en Encuentros “Violencia doméstica”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1004, p. 483 que incide sobre la ideal del clima de violencia, pues lo que no es relevante a estos efectos es que se produzcan tres hechos violentos en un día y no vuelvan a ocurrir nunca, la cuantificación numérica es importante pero no suficiente. En el mismo sentido se pronuncia OLMEDO CARDENETE, M.; *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001, p. 100-105.

⁶²⁹ CUADRADO RUÍZ, M.A.; REQUEJO, C.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: art. 153 del código penal”, en *La Ley*, Año XXI, Núm. 5072, p. 3

⁶³⁰ Ídem (CUADRADO RUÍZ, M.A.; REQUEJO, C).

⁶³¹ DEL ROSAL BLASCO, B.; “Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar” en LATORRE LATORRE, V. (Coord.); *Mujer y derecho penal. Presente y futuro de la relación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p.161-162, donde el autor expresa su opinión respecto del concepto de habitualidad preparado en el anteproyecto de CP de 1994, que “más que el número de veces constatables en que la agresión ha tenido lugar lo que el legislador se debería haber planteado es que el tipo se dirige a aquellas personas que, por la razón que sea, hacen de la agresión y el maltrato físico o psíquico una forma de relación y comunicación normal con su pareja, con su cónyuge, con sus hijos o con sus pupilos, debiéndose poder acreditar esta situación de forma diversa y variada y no, obligatoriamente, a través del número de palizas sufridas por el sujeto pasivo. Porque, incluso, se puede llegar a dar el caso de que las agresiones recaigan sobre sujetos pasivos distintos (imagínese la situación de un padre que ejerce violencia sobre hijos distintos), con lo que estaríamos obligando a las víctimas a tener que esperar a que la paliza recayera, por tres veces consecutivas, sobre la misma persona para poder denunciar por delito y no meramente por falta”. En el mismo sentido, consultar GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 92 el autor opta por un concepto mixto; “no puede desconocerse que en la habitualidad junto a la conducta debe tenerse en cuenta también la inclinación, la cierta afición del sujeto a la realización de un hecho”.

violencia proviene de la manera que tiene el agresor de entender las relaciones familiares y de comunicarse en ese entorno.

Hoy en día por tanto existe un sector, que aunque minoritario, apuesta por un concepto de habitualidad entendido en sentido objetivo-subjetivo o mixto, que como decimos, pone el énfasis en el peligro objetivo para el bien jurídico⁶³², pero además califica la habitualidad como un elemento subjetivo del injusto, destacando un especial ánimo o manera del sujeto activo, frente al sector mayoritario que apuesta por el sentido sólo objetivo del término. Para este sector doctrinal resulta insostenible un concepto de habitualidad en sentido puramente objetivo, pues sería imposible desprender tal objetividad absoluta del término cuando nos referimos no a una lista de casos, sino a un clima de violencia, criticando que la doctrina y la Jurisprudencia se inclinen por aquella opción para evitar caer en el Derecho penal de autor, por ello, estiman que es inevitable no tener en cuenta en este término una actitud personal del agresor. La derivación hacia un “estado de agresión permanente” o “clima de terror” como ha venido interpretando la jurisprudencia, es algo diferente a la habitualidad. La habitualidad desde el carácter mixto, lo que “pone de manifiesto es que el sujeto ha hecho de la violencia una forma de comunicación con su entorno⁶³³” y eso es subjetivo y una prueba complicada para los jueces. GONZALEZ RUS habla de una mixtura entre realización y ánimo afirmando que “en la habitualidad, la repetición objetivada de un mismo o semejante comportamiento es, pues la materialización de una actitud subjetiva particular⁶³⁴” y para evitarlo el autor propone de *lege ferenda* sustituir habitualidad por “reiteración de maltrato” “repetición de actos violentos” “violencia mantenida o frecuente”, “clima de violencia”⁶³⁵ y en definitiva entiende la habitualidad no como manera de

⁶³² MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A. (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 114.

⁶³³ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto de “habitualidad” en el delito de violencia doméstica”, en VVAA, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 101.

⁶³⁴ Ídem, p. 92

⁶³⁵ Ídem, p. 94 y 96.

ser sino como manera de comportarse que es lo que en realidad implica si entendimiento como concepto mixto⁶³⁶.

- C. En sentido subjetivo; En sentido subjetivo, la habitualidad sería entendida como una particular forma de ser, de tal manera que hay quienes consideran una improcedencia absoluta del término por la negatividad que desprende en cualquiera de sus interpretaciones, si queremos ser consecuentes con un Derecho penal acorde con la sociedad española del S. XXI⁶³⁷. Y efectivamente hay quienes afirman que efectivamente en este caso se trata de entenderlo como un elemento subjetivo del injusto, de tendencia, que configura el tipo como delito habitual o de hábito⁶³⁸. En realidad, también hay autores que estiman que aunque estemos ante un concepto subjetivo, de ello no se desprende que su naturaleza jurídica sea la de elemento subjetivo de lo injusto⁶³⁹.

Aún así la propia jurisprudencia se ha hecho eco de esta opción estableciendo que “la esencia de la habitualidad, como elemento fundamentador o agravante de lo injusto, radica en la inclinación del sujeto a la comisión de determinados hechos que llega a constituir un hábito. Por tanto, aún no estando los hechos a los que aquí podemos referirnos bajo la vigencia de la actual redacción del art. 153, no cabe hablar de que sean precisos tres actos previos para poder hablar de habitualidad, se ha de estar caso concreto para ver si existe esa inclinación del acusado hacia este tipo de conductas, siempre con las miras puestas en que aquí se trata de proteger la convivencia y el mutuo respeto y consideración que ha de mediar entre personas

⁶³⁶ Ídem, p. 98.

⁶³⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 70, quien estima que la evolución ha ido en dirección a “alzaprimar la condición de delito de tendencia de esta figura, alcanzando un contenido normativo propio; esto es, más que ante una *habitualidad* probada y suficientemente cuantificada, vendríamos a encontrarnos ante una suerte de *habitualidad* futura más que previsible, pero no acreditada, en lo que supondría, a nuestro juicio, un intolerable ejercicio de adelanto de la barrera punitiva”, aunque en realidad, afirma en la p. 81 que lo que “sería habitual es la conducta agresiva, no el agresor”.

⁶³⁸ GRACIA MARTIN, L.; “Art. 153” en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 456

⁶³⁹ ALONSO ÁLAMO, M.; “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, 2008, p. 39.

ligadas por esos vínculos que relaciona el tan citado art. 153⁶⁴⁰”. Visión que descartamos en este trabajo.

2.1.2.5. Toma de postura

En nuestra opinión no puede aceptarse una interpretación subjetiva de la habitualidad, no sólo por conducir a un Derecho penal de autor incompatible con un código penal democrático, sino porque además no creemos que esa fuera la finalidad de la que partiera el legislador, ni sea la propia de unas conductas que se alejan del individualismo y responden a características de tipo estructural. Las implicaciones que su estimación como concepto objetivo o subjetivo tiene en la teoría del Derecho penal serán puestas de manifiesto en el último capítulo de este trabajo, pero adelantamos ya aquí que hay un amplio debate en torno a si la estimación de la habitualidad en sentido subjetivo tiene implicaciones trascendentes a la hora de estimar esa habitualidad como un elemento subjetivo del injusto, es decir, probar una determinada manera de ser.

Por tanto, partimos de un concepto objetivo que ayude a valorar el riesgo que supone para el bien jurídico protegido la reiteración de conductas violentas y más cuando se ubica en el contexto de la relación familiar. Es por ello que estimamos oportuno hacernos eco de un concepto de habitualidad en sentido objetivo constatando que efectivamente el sujeto activo vive en un estado de violencia y constante angustia a través de la prueba de la existencia real de actos de violencia.

2.1.2.6. Distinción habitualidad y reincidencia

Ya hemos descartado que el concepto de habitualidad sea un concepto normativo asimilado al art. 94 CP. Según lo dispuesto en el art. 94 CP : *a los efectos previstos en la sección segunda de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello, Para realizar este cómputo se considerarán por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al art. 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.*

⁶⁴⁰ SAP Córdoba núm. 80/ 2000 de 26 de octubre, en su FJ núm. 2.

Y la circunstancia agravante de reincidencia del art. 22.8º dispone que *hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.*

En términos generales la reincidencia se define en nuestro código penal como un concepto normativo distinto del propio de habitualidad diseñado por el legislador para el tipo de violencias habituales⁶⁴¹, porque la reincidencia exige que hayan sido enjuiciados los hechos y, la habitualidad no lo exige, y porque además los hechos no tienen por qué pertenecer al mismo capítulo del código.

Por tanto con carácter general “no hay que confundir la habitualidad, que es un concepto fáctico, con la reincidencia, que es un concepto jurídico⁶⁴²”, aunque en el caso concreto legislador haya acabado por positivizar el primero en el art. 173.3 CP. De la misma manera que los malos tratos domésticos son independientes del concepto de reincidencia del art. 22. 8 CP, también del de reo habitual del art. 94 CP que solo es eficaz a efectos de suspensión y sustitución de las penas⁶⁴³.

Según el bien jurídico que el legislador ha estimado como el protegido por el actual delito de malos tratos habituales del art. 173.2, como veremos en principio por su ubicación se correspondería con la integridad moral por estar ubicado dentro del título “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, por ello la habitualidad resulta un “concepto valorativo para cuya aprehensión han de tomarse en cuenta elementos tanto subjetivos (el sentimiento personal de humillación, el dolor sufrido),

⁶⁴¹ CUADRADO RUIZ, M. A. y REQUEJO CONDE, C.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal” en *La Ley*, núm. 5072, viernes 9 de junio de 2000, p. 2

⁶⁴² CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª ép. núm. 33, marzo, 1994, CGPJ, p. 57.

⁶⁴³ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord), Código Penal. concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias, *La Ley*, Madrid, 2005, p. 387-388 “para apreciar la habitualidad nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando desde un concepto meramente aritmético –concorre a partir de la tercera acción violenta- hasta otro en que, más que la pluralidad en sí misma, lo más relevante es que la repetición o frecuencia suponga una permanencia en el trato violento, de tal modo que se pueda llegar a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.

como objetivos (las circunstancias externas a la violencia, incluso en parte las de carácter intersubjetivo) que inciden en el hecho y contribuyen a constituir la lesión del bien jurídico⁶⁴⁴. Cuestión que permite deslindar que para sumar la habitualidad no sólo se hará a través de las faltas y delitos (tras la reforma de 2003, art. 153 CP) de malos tratos sino que hay otros muchos comportamientos que pueden entrar a ser constitutivos de ella, pues el clima de violencia puede generarse a través del ejercicio de violencias físicas, psíquicas y sexuales. Aunque si alguno de estos tuviese la entidad suficiente como para integrar el carácter de delito se acudiría entonces a la figura del concurso, que aunque forma parte de este delito, lo vamos a desarrollar al final del Cap. IV, para ver las relaciones que pueden existir entre el 173.2 y los denominados delitos de género.

2.1.3. Sujetos

Las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP se enumeran a continuación; *quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*

⁶⁴⁴ BARQUÍN SANZ, J.; “Artículo 173”, en COBO DEL ROSAL, M. en *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1999, p. 277.

Como vemos, la utilización de “doméstico y cuasi-doméstico”⁶⁴⁵, entrecorinado en el título de este capítulo tiene un significado fácilmente definible con la sola enumeración de los sujetos allí contenidos, pues salta a la vista que exceden del mero ámbito doméstico y también el familiar, pues como colofón al listado se hace referencia a *personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*, por ejemplo, por eso parece más adecuado el término cuasi-doméstico⁶⁴⁶.

Desde su aparición en el panorama penal, en el tipo de las violencias físicas habituales se entremezclan sujetos de diferente índole legal, acentuándose tras la reforma de 2003. La intención del legislador desde el inicio de su tipificación hasta nuestros días ha sido la de proteger a los miembros físicamente más débiles de la unidad familiar, pero para ello ha encasillado en el mismo tipo delictivo a mujeres, menores, incapaces y sometidos a tutela, incluso a los hombres que aunque en minoría estadística, reúnan esa característica de mayor debilidad. La prolongación a lo largo de los últimos veinte años del tipo ha derivado en muchas reformas y, por tanto son muchos los requisitos que han ido añadiéndose entre los miembros de la familia que han ido apareciendo y desapareciendo en su caso, hasta llegar a la redacción actual (que se corresponde con la dada por la LO 11/ 2003).

⁶⁴⁵ A este sentido familiar o cuasi-familiar se refieren ESCUCHURI AISA, E.; “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coordinadores); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 261. También FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 153 en las notas al pie 299 y 300. La acepción de cuasi-familiar nos gusta más porque entendemos se ajusta mejor al elenco de personas que describe el art. 173. Por su parte, también críticamente con la indeterminación de sujetos se pronuncia MAQUEDA ABREU, M. L.; “1989-2009: Veinte años de <<desencuentro>> entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en DE HOYOS SANCHO, M.; (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex nova, 2009, p. 44 se refiere a un amplio ámbito de relaciones domésticas o cuasi-domésticas. También ALONSO ÁLAMO, M.; “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Tirat Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 62 se refiere a las violencias habituales en el ámbito familiar o pseudofamiliar.

⁶⁴⁶ MAQUEDA ABREU, M. L.; “989-2009: Veinte años de <<desencuentros>> entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja” en DE HOYOS SANCHO, M.; (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, 2009, p. 44.

2.1.3.1. Convivencia

Desde un primer momento en su versión de 1989, el art. 425 CP del código establecía como sujeto activo al *cónyuge o a la persona unida por análoga relación de afectividad aun sin convivencia*. En 1995 se añadió el requisito de “estable” a la pareja unida en análoga relación de afectividad⁶⁴⁷, que desaparece en la reforma de LO 11/2003 quedando en la redacción actual en la que en principio no haría falta la convivencia. La interpretación que debía hacerse de la *relación análoga de afectividad* para determinar qué otras parejas quedaban bajo dicha definición se vio argumentada en dos direcciones: a) establecer esa analogía respecto del vínculo matrimonial o, b) hacerlo desde la afectividad. Estimar según qué criterio tiene sus consecuencias pues, si escogemos el primero quedarían fuera las relaciones de noviazgo y, si elegimos el segundo estaríamos estableciendo una presunción muy atrevida que sería la de estimar que en todos los matrimonios la afectividad se erige como valor regidor.

Otro problema que se plantea es el desconcierto que pudiere aparecer en la valoración de las relaciones de noviazgo, pues la pregunta de cuántos encuentros deberían estimarse como necesarios para concluir si estamos ante una pareja análoga a la matrimonial o de análogo afecto resulta algo difusa de contestar, por lo que es la jurisprudencia la que debe apreciarlo caso por caso. De esta manera CUENCA i GARCÍA estima que el punto de encuentro entre un matrimonio y una pareja unida por análoga relación de afectividad viene dada en la estabilidad de la pareja y no en la afectividad, pues la afectividad se excluye por el ejercicio de la propia violencia física, por tanto lo importante es probar la real convivencia entre la pareja sin importar el vínculo afectivo⁶⁴⁸.

Dentro de estos debates, descifrar si las parejas homosexuales entran o no a formar parte del tipo en razón de ese matrimonio exigido o, en esas relaciones de análoga

⁶⁴⁷ En este sentido, haciendo una interpretación estricta de la necesidad de convivencia para poder castigar por el artículo entonces regulado en el 153 CP, las personas divorciadas o separadas se excluían de la interpretación de este tipo penal. Así GANZENMÜLLER ROIG, C.; ESCUDERO MORATALLA, J.F.; FRIGOLA VANILLA, J.; “La violencia doméstica” en *Actualidad Penal*, núm. 16, 19 al 25 de abril de 1999, p. 360

⁶⁴⁸ CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, p. 22.

relación de afectividad hoy no supone el mayor problema pues es de dominio público que tanto parejas de novios como matrimonios homosexuales están civilmente equiparados desde julio de 2005 a las relaciones heterosexuales⁶⁴⁹. En consecuencia, estimemos el baremo legal o el de la afectividad, las violencias acaecidas en estas parejas entrarían de todas formas en el ámbito de aplicación (cuestión como veremos mucho más problemática en el caso de las parejas homosexuales en los delitos de las agravantes de género).

Esta conclusión denota que el legislador a lo largo de los años ha intentado hacerse eco de los cambios acaecidos en el ámbito sociológico representado por las uniones de hecho, las relaciones homosexuales, la convivencia de un miembro de la pareja con los hijos de anteriores relaciones de su pareja, guardadores de centros públicos o privados etc, llegando en nuestra opinión a exceder ese ámbito familiar y construyendo así un tipo penal demasiado amplio, que da lugar a interpretaciones igualmente amplias. Valgan a modo de ejemplo algunas valoraciones que podemos retomar sobre el requisito de la *convivencia* comprobando que, aunque en el tipo actual no se establece expresamente la necesidad de la concurrencia de ésta, en la práctica se ha demostrado que sería conveniente su estimación en algunos casos. La doctrina sale al paso criticando la técnica del legislador al utilizar la conjunción disyuntiva “o” seguido de una coma pues “resulta que los descendientes o ascendientes por adopción o afinidad requieren convivencia (suegra y nuera, p. ej.) y no los hermanos por naturaleza, adopción o afinidad (cuñados, p. ej.), lo que implica proteger más a las cuñadas que a las suegras, lo que carece por completo de sentido⁶⁵⁰”. Ciertamente queda claro que en el caso de las parejas no se exige pero no queda tan claro respecto a qué otros miembros del ámbito cuasi-doméstico sí se exige⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ A través de la LO 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (popularmente conocida como la ley de matrimonio homosexual).

⁶⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género” en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V.; (Coords)., en *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al código penal de 1995*, Argentina, 2006, p. 153-154.

⁶⁵¹ Por ejemplo es importante para poder aplicar el 173.2 a casos de menores que exista convivencia, ver MAGRO SERVET, V.; *Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2007, p. 76 nota al pie 62.

Una moderna tendencia de nuestro TS critica el hecho de castigar como delito del 173.2 en vez de como falta de maltrato a las personas con quienes se tienen contactos esporádicos aunque sean familiares propios o del cónyuge y, que por lo tanto no son realmente del ámbito familiar. Pongamos por ejemplo un caso resuelto por el propio TS en sentencia de 16 de marzo de 2007⁶⁵² en el que se ven implicados un agresor, su mujer y la hermana de ésta (cuñada del agresor), hechos que fueron juzgados previamente por la AP de Madrid imponiendo al agresor la comisión de dos delitos de malos tratos constitutivos de violencia doméstica; Uno de ellos procedente del hecho de que, el agresor, al encontrarse en la calle con su mujer “la tiró al suelo dándole patadas, arrastrándola y tirándole de los pelos causándole heridas en policontusiones en región occipital, en las palmas de las manos y en las rodillas” y, el otro de los delitos correspondiente a los hechos acometidos contra su cuñada, quien al ir a socorrer a la mujer, resultó también agredida por éste pues “la empujó violentamente contra un coche” hasta causarle “heridas consistentes en contusión en el costado izquierdo⁶⁵³”. Hechos ante los que el TS da una lectura menos extensiva al radio de acción del precepto atendiendo a conceptos de orden político-criminal por las que carecería de sentido (según lo expuesto en el fundamento de derecho número 1) “elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas⁶⁵⁴”. Incluso en dicho fundamento de derecho se alega el recurso a una interpretación histórica, pues como hemos visto se exigió una relación estable hasta la reforma de 2003 que da la redacción actual al precepto.

La FGE ha salido al paso de estas dificultades en base a la convivencia estableciendo que Los fiscales, “en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2 y 173.2 se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia

⁶⁵² STS 201/2007 de 16 de marzo RJ 2007/1545. Consultar también una noticia aparecida en el diario El País a colación con esta problemática en día 16 de agosto de 2008. “Agredir a un familiar se castigará menos si no se convive con él”.

⁶⁵³ Antecedentes de hecho en la STS 201/2007 de 16 de marzo.

⁶⁵⁴ Fundamento de Derecho núm. 1 de la misma sentencia. (STS 201/2007 de 16 de marzo).

entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito, los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta⁶⁵⁵, y esa parece ser la ratio seguida por el TS en aquella sentencia.

2.1.3.2. ¿Vínculo material o formal?

Con carácter general podemos afirmar que el tipo penal ha querido de alguna manera amoldarse a las diferentes relaciones familiares que se han ido institucionalizando en las familias españolas a raíz de los últimos tiempos, es decir, que la convivencia de los hijos del antiguo matrimonio con una nueva pareja que tiene lugar tras un divorcio, o los niños que a través de relaciones de intercambio acostumbran a pasar veranos o temporadas largas en convivencia con una pareja española, etc., de ahí el crecimiento también del tipo penal en un afán punitivo en el que no se establezcan lagunas que dejen en manifiesto desamparo ningún tipo de relación familiar o cuasi-familiar.

Sin embargo tan buen propósito protector ha acabado por desvirtuar el ámbito doméstico y también el familiar. Como en ésta, en todas las demás relaciones que se describen en este tipo penal pueden interpretarse como elementos normativos o descriptivos del tipo penal. La estimación de estas relaciones como normativas no implica que aceptemos estar ante leyes penales en blanco, pero sí tendríamos que consultar la legislación civil pues es la rama del ordenamiento jurídico que regula las relaciones familiares. Ésta sería la opción de ACALE SÁNCHEZ⁶⁵⁶ y, en sentido

⁶⁵⁵ Consulta 1/2008 de la FGE acerca de la exigencia del requisito de convivencia entre agresor y los ascendientes, descendientes y hermanos para la tipificación de los hechos como delito de violencia doméstica previsto en los artículos 153 y 173 del Código penal.

⁶⁵⁶ ACALE SÁNCHEZ, M. *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 149-159. También de la misma opinión es ARROYO DE LAS HERAS, A.; MUÑOZ CUESTA, J.; *Delito de lesiones*, Aranzadi ed. Pamplona, 1993, p. 150 en la que el autor expresamente establece que “como es lógico, la existencia de la relación entre el sujeto activo y pasivo vendrá, en cada caso, determinada por las correspondientes normas civiles, a las que habrá que acudir para establecer la vigencia del vínculo determinante, luego, de la existencia del delito”. También CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “Artículo 153” en VIVES ANTÓN, T.; *Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996 en cuya p. 801 se opone a estimar en la análoga relación de afectividad el recurso al afecto pues “ni la afectividad es requisito ineludible del matrimonio, ni desde luego, se demuestra a través del ejercicio habitual de la violencia física” por lo que opta por recurrir al Derecho Privado. También en el mismo sentido la postura de CERVELLÓ DONDERIS, v.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm. 33, Marzo 1994, Consejo General del Poder Judicial, p. 54-56 donde expresamente se remite al código civil.

contrario, GRACIA MARTIN⁶⁵⁷ y TAMARIT i SUMALLA⁶⁵⁸ quienes optan por considerar estas relaciones de tipo descriptivo. De la misma opinión acerca de la importancia de las fuentes materiales y no estrictamente formales se pronuncia NUÑEZ CASTAÑO reiterando que en realidad las relaciones del tipo no se establecen de manera formal, sino que son relaciones de carácter descriptivo sobre las que no hace falta ir a las fuentes del Derecho civil, “pues lo realmente importante es la relación fáctica de dependencia⁶⁵⁹”. Opción que estimamos más acertada, pues en todo caso es la relación real de dependencia y no la meramente formal establecida en la ley la que hace depender a las personas descritas en el tipo.

Los protagonistas de esta figura delictiva están enumerados y tienen la característica común de pertenecer al ámbito de dependencia del agresor y podríamos encuadrar a estos sujetos en cuatro grupos diferentes siguiendo a GRACIA MARTIN: a) las relaciones matrimoniales o análogas aún sin convivencia; b) las relaciones del sujeto activo vinculadas directamente a él, por ejemplo los hijos propios y c) relaciones del sujeto activo que, porque están vinculadas sólo a su cónyuge o conviviente, lo estarán a aquel únicamente de un modo mediato a través de éste⁶⁶⁰. Grupos a los que nosotros añadimos un cuarto vinculado a la última reforma de 2003 en la que se establecen las relaciones que los guardas pueden tener con sus guardados en un centro público o privado, que no se corresponden realmente con los cuidados debido propios de algún familiar, sino que se establecen en base a un contrato.

Al igual que ha ocurrido con el resto de elementos que constituyen este delito, ha cambiado a medida que se ha ido intentando acotar más el tipo enumerando las personas

⁶⁵⁷ GRACIA MARTIN, L.; “Art. 153” en *Comentarios al código penal. Parte Especial I. Título I a IV y faltas correspondientes*, en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTIN (Coord). Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, P.430.

⁶⁵⁸ TAMARIT i SUMALLA, J. M.; *La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del código penal de 21 de junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990, p. 177 quien apuesta por “evitar erigir como elemento esencial del dato formal centrado en la relación de parentesco existente entre agresor y víctima; por el contrario debería considerarse determinante la cuestión material del abuso de una situación de prevalencia o indefensión del ofendido”.

⁶⁵⁹ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 172.

⁶⁶⁰ GRACIA MARTIN, L.; “Artículo 153”, en *Comentarios al código penal. Parte Especial, Título I a IV y faltas correspondientes*, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTIN, L. (Coords) Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 431-432

que pueden entrar a formar parte de este especial hecho delictivo, en realidad más se amplía llenando de contenido lagunas que, en vez de frenar potencian el avance incriminador y desvirtúan tanto el concepto de familia como el doméstico, excediendo ambos ámbitos.

2.1.3.3. Delito especial

Una vez delimitados los sujetos cabría comprobar si las conductas típicas descritas en el tipo están previstas en el código sin necesidad de que concurra la aparición de estos sujetos específicos, es decir, si existe un delito común o, si por el contrario, nos encontramos con que no existe castigo para esas conductas cuando no concurren los sujetos antes descritos. Atendiendo justamente al análisis de las especiales características de los sujetos que intervienen en la realización del tipo penal, podremos estar hablando de delitos propios o impropios. Baste recordar las distinciones que *grosso modo* se establecen entre delitos especiales propios e impropios, así siguiendo a QUINTERO OLIVARES hablamos de delitos especiales propios cuando “la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico”; en cambio, estamos ante un delito especial impropio cuando “esa calidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o agravar la pena de su autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común⁶⁶¹” y, en general partimos de la definición de delitos especiales propios e impropios a los que se refiere la mayoría de la doctrina⁶⁶². Como se deriva del art. 173.2 la técnica empleada por el legislador al enumerar los sujetos protagonistas no es la normalmente utilizada en los delitos especiales, pues comienza con la expresión “el que”, propia de los delitos comunes, pero a medida que avanzamos en la lectura del texto de esta figura penal, lo que hace es descubrir una lista de sujetos pasivos.

Según algunos autores estaríamos ante un **delito especial propio**, es decir, ante un delito cuyos mismos actos típicos realizados por otros sujetos no tendrían

⁶⁶¹ QUINTERO OLIVARES, G.; *Los delitos especiales y teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974, p. 31

⁶⁶² ROBLES PLANAS, R.; *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 225 “en los delitos especiales propios, si quien realiza la conducta no ostenta la cualificación requerida no puede ser en ningún caso autor. En los impropios, en cambio, al guardar correspondencia con un delito común, el sujeto no cualificado puede ser autor del delito común”.

correspondencia con ningún otro delito del código penal. Actualmente si faltase esa especialidad en los sujetos activos, requerida en el tipo penal tan sólo tendríamos los resultados efectivamente producidos⁶⁶³. Su estimación como delito propio se corresponde con la tesis mantenida por BERDUGO quien avalaba tal opinión afirmando que el tipo se construye como delito propio en base a los criterios formales (el matrimonio) y materiales (la relación de afectividad, la guarda de hecho...) que unen a los sujetos participantes en este ilícito⁶⁶⁴. También CERVELLÓ DONDERIS para quien sólo los sujetos que tuviesen la relación exigida por el tipo podrían ser autores directos⁶⁶⁵.

Para GRACIA MARTIN también nos encontraríamos ante un delito especial propio, pues únicamente podrán ser sujetos activos las personas que se encuentran en alguna de las relaciones estudiadas⁶⁶⁶. BUSTOS define al sujeto activo como especial propio pues según la redacción del tipo tan sólo estos sujetos pasivos podrían ser los cónyuges o las personas unidas por análoga relación de afectividad, o los padres con patria potestad, etc⁶⁶⁷. Al igual que para CARBONELL MATEU y GONZALEZ CUSSAC también se trataría de un delito especial propio pues las relaciones típicas “son la conyugal que deberá regirse por el derecho privado, o la estable análoga de afectividad... así como cuando la conducta se realiza sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, así

⁶⁶³ MARCOS AYJÓN, M.; “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del art. 173 del código penal”, en *La Ley penal, Revista de derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Estudios Monográficos de Violencia Doméstica*, nº 2, Año I, febrero 2004, p. 25.

⁶⁶⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “De las lesiones”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; GARCÍA ARÁN, M.; *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989. p. 105.

⁶⁶⁵ CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 15, 2001, p. 84. De la misma opinión MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito habitual (impropio)” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 120. Igualmente que DELAMO RUBIO, J.; “Violencia doméstica. Aspectos jurídicos “en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*. Tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, p. 309.

⁶⁶⁶ GRACIA MARTIN, L.; “Artículo 153”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y GRACIA MARTIN, L. (Coords) en *Comentarios al código penal. Parte Especial, Tomo I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*. Tirant L Blanch, Valencia, 1997, p. 446.

⁶⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día*, editorial Ariel, Barcelona, 1991 p. 65.

como sobre los pupilos, ascendentes, incapaces”, etc.⁶⁶⁸. De la misma manera ACALE SÁNCHEZ alega que “el delito de malos tratos en el ámbito familiar es un delito especial propio en la medida en que es esencial la relación familiar allí señalada, de forma que si falta ésta, deja de aplicarse el tipo de malos tratos, y sólo se castigarán los resultados de lesiones o muertes efectivamente producidos⁶⁶⁹”.

La duda que podría surgir en este sentido es la de si la falta de maltrato puede estimarse como ese otro delito por el que se puede castigar, y ello depende en gran medida si tomamos el tipo de violencia física o psíquica habitual como delito autónomo o como un tipo agravado de las faltas de maltrato, así OLMEDO CARDENETE afirma que “aunque el texto punitivo también tipifica en el art. 617.2, párrafo segundo, la falta de maltrato común aplicable entre extraños, sin embargo el elemento diferenciador entre ésta y el art. 153 CP (en su versión de 1999) no se limita al círculo de sujetos activos sino que, además, se extiende a la conducta típica y su contenido de injusto⁶⁷⁰”. Y tras la reforma de 2003 CANCIO MELIÁ confirma que tal y “como deriva del texto, finalmente, se trata de un *delito especial propio* (aunque puede decirse, en cierto sentido, que es un delito especial impropio respecto de los actos individuales de violencia, que pueden ser constitutivos de falta del art. 617.2), puesto que sujeto activo del delito, que requiere la nota de habitualidad, sólo pueden serlo aquellas personas que mantengan (o hayan mantenido) con el sujeto pasivo alguna de las relaciones enunciadas en el tipo⁶⁷¹”. También se une a esta opción MUÑOZ SÁNCHEZ justificando la existencia de este delito como especial propio en base a que los sujetos activos sólo pueden ser aquellos que se hallen vinculados al sujeto pasivo por alguna de las relaciones descritas en el tipo, además de que no hay otro “precepto que castigue la

⁶⁶⁸ CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; en VIVES ANTÓN, T. (Coord.) en *Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, P. 801.

⁶⁶⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 150

⁶⁷⁰ OLMEDO CARDENETE, M.; “Artículo 153” en COBO DEL ROSAL, M. (Director), *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1999, p. 464. En el mismo sentido CALDERÓN CEREZO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*. 1999, p. 642.

⁶⁷¹ CANCIO MELIÁ, M.; “Lesiones”, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial, Volumen I*, Colección Ceura, 2003, p. 428

misma conducta y que pueda realizarla cualquiera⁶⁷²”. Por último nos hacemos eco de la opinión de MONGE FERNÁNDEZ que lo define (art. 173.2) como delito especial propio porque el único elemento nuclear frente al contenido del art. 153.2 CP⁶⁷³ es la habitualidad.

Para otros autores el delito de violencias habituales en el ámbito familiar estaría dentro de los **delitos impropios**, es decir, aquellos que tienen correspondencia con un delito común, pero la realización de esos actos típicos llevada a cabo por los sujetos establecidos supone un mayor reproche penal. Siguiendo la teoría de los delitos especiales impropios podemos encontrar a autores como DEL ROSAL BLASCO para quien “la condición del sujeto activo fundamenta una punición distinta pero dentro del mismo tipo que el de los párrafos primero y segundo del artículo 582⁶⁷⁴” y también TAMARIT i SUMALLA que también compara la falta de malos tratos con el delito y tal comparación le conduce a la tesis de que éste último es un injusto especial no en la naturaleza sino en la intensidad respecto de la falta de malos tratos⁶⁷⁵.

En nuestra opinión la estimación del delito de violencia doméstica (más bien cuasi-doméstica) habitual como un delito especial impropio implicaría la existencia en el texto punitivo de un tipo idéntico en el que la única diferencia se produjera en relación a los sujetos intervinientes. De esta manera nos aventuramos a asegurar que no existe tal identidad de conductas ni del resto de elementos típicos en ninguno de los delitos

⁶⁷² MUÑOZ SÁNCHEZ, J.; “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del Código Penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A. (Coords.); en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 85

⁶⁷³ MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A. (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 120.

⁶⁷⁴ DEL ROSAL BLASCO, B.; “Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar”; LATORRE LATORRE, V. (Coord.); *Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995 p. 162.

⁶⁷⁵ TAMARIT i SUMALLA, J. M.; *La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989)*, PPU. Barcelona, 1990, p. 176. Autor que con el paso de las reformas sigue manteniendo su opinión acerca de lo especial impropio del tipo de violencia habitual. Para ello consultar el mismo autor en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código penal, 3ª edición revisada y puesta al día*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 911 argumentando lo mismo en esta ocasión: que “el sujeto activo debe mantener respecto al sujeto pasivo una de las relaciones indicadas en el tipo. Faltando tal condición, los hechos no pasarán de ser una falta del art. 617.2 o del art. 620”.

restantes. Pues no sólo son los sujetos los que dan especificidad al injusto sino también elementos como la habitualidad o la descripción de la violencia psíquica a partir del 99 en las faltas de malos tratos. Hoy en día podría argumentarse que si falta la habitualidad en las conductas podríamos recaer en el 153.2 pero ya estaríamos prescindiendo de un elemento esencial y son demasiados los elementos que no coinciden, no sólo los sujetos como tendremos ocasión de comprobar. Es por ello nos parece más correcta la opción del delito especial propio, porque en realidad no hay un delito común al que equiparar el tipo de los malos tratos habituales en el ámbito doméstico.

2.1.4. Bien jurídico

2.1.4.1. Validez de la Teoría del bien jurídico en nuestros días y principio de lesividad.

La discusión desatada en torno al bien jurídico protegido en el tipo relativo a la violencia doméstica habitual ha sido y está siendo un debate doctrinal arduo surgido al hilo de su introducción en el código penal. Pese a su primera inclusión dentro de los delitos de lesiones no se calmaron las pretensiones de quienes lejos de admitir lo dispuesto marcaron una línea reformista que hasta ahora ha llevado este delito a la rúbrica de los delitos contra la integridad moral. Los argumentos mantenidos por doctrina y jurisprudencia desde entonces acerca del bien jurídico que motivara la entrada en vigor de este delito en el código, han tratado de resolver si dicha ubicación resulta conforme a la arquitectura lógica de la parte especial del código, para averiguar si supone más un acierto o un desatino; Como ya hemos hecho mención, no sólo el bien jurídico distingue este tipo penal del resto, sino que además hay otros elementos típicos indispensables en el entendimiento de esta figura jurídica, entre los que destacan sobre todo la habitualidad, los sujetos intervinientes y el contexto en el que se lleva a cabo ese maltrato, que no es otro que el ámbito familiar o doméstico (aunque como veremos desbordado, ante la inclusión de sujetos pasivos que extralimitan dichos ámbitos). Un tipo penal carente de un fin específico y diferenciado y, que desde el principio no se proponga la protección de un bien jurídico como fin último, según nuestra opinión, estaría desprovisto de toda fundamentación (y legitimación) tanto social como jurídica.

Lo que se critica de muchos de los delitos de nuevo cuño y que podrán responder a la actual tendencia expansiva del Derecho penal como éste, es que irrumpen con una premisa básica, la sustitución de un bien jurídico definido por la mera estimación de

contradicción de una norma. Sin embargo demostraremos que la mayoría de la doctrina hoy sigue apostando por una definición material del delito, es decir, manteniendo la antijuricidad material que hace alusión a la lesividad o a la puesta en peligro de ese valor esencial que permite la vida en comunidad. Por ese motivo, la dificultad de encontrar un bien jurídico en este delito, que como veremos ha sido objeto de numerosa literatura jurídica tanto doctrinal como jurisprudencial, puede llevar a pensar para algunos que en realidad tal tipificación no es necesaria. Aunque ya quedó claro en el capítulo II que esa no es la opción que manejamos, ponemos de manifiesto otra vez la necesidad desde nuestro punto de vista de la existencia de delitos especiales que hagan frente a tales conductas, eso sí, no todo vale a tales fines.

Desde Birnbaum (1834) creador del concepto de bien jurídico⁶⁷⁶ hasta nuestros días, han sido muchos los autores que a través de éste han fundamentado la creación de los tipos penales y la función de criminalización de conductas con el uso legítimo del *Ius Puniendi*. Actualmente, parte de la doctrina reinterpreta de una manera postmoderna el bien jurídico poniendo en entredicho el papel que tiene esta garantía penal, y optando por una vía alternativa a la tradicional que sustituye el término bien jurídico por el de “vigencia de la norma”⁶⁷⁷. Sin embargo, tal concepción “jakobsiana” no supone el primer intento en la historia de deslegitimar el bien jurídico pues ya Hegel y, posteriormente la Escuela de Kiel en los años 30 del pasado siglo, optaron por una definición del delito como “lesión de deber”⁶⁷⁸ y no como la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico.

Basándonos en muchos defensores del bien jurídico y del principio de lesividad social como son ROXIN⁶⁷⁹, SCHÜNEMANN⁶⁸⁰, POLAINO NAVARRETE⁶⁸¹,

⁶⁷⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *Curso de Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 2004, P. 7.

⁶⁷⁷ JAKOBS, G.; *Sobre la normatización de la Dogmática jurídico penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Ed. Civitas, 2003. P. 48 en donde afirma que “lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma”.

⁶⁷⁸ ALCÁCER GUIRAO, R.; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, (Prólogo de Enrique Gimbernat)*, Atelier, Barcelona, 2003, P. 21.

⁶⁷⁹ ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K.; *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Versión española, notas y comentarios de los profesores LUIS ARROYO ZAPATERO y JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, Ed. Ariel, Barcelona, 1989. P. 87 en donde se establece que: “el bien

ALCÁ CER GUIRAO⁶⁸², SOTO NAVARRO⁶⁸³, BUSTOS⁶⁸⁴, BERDUGO⁶⁸⁵, etc., afirmamos que la teoría del bien jurídico sigue viva y que fue la Teoría del Discurso de HABERMAS la que rescató una idea de bien jurídico acomodada sobre la base individualista, propia del Contrato Social y de la ideología del Liberalismo. Hoy es HASSEMER el que con su teoría personalista del bien jurídico responde a la siguiente pregunta: *¿puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*, a lo que responde con cuatro motivos a favor del mantenimiento del bien jurídico: “a) el bien jurídico es irrenunciable como baremo de una buena Política-Criminal, b) debería centrarse en un núcleo negativo central crítico al Derecho Penal, c) los bienes jurídicos universales también son bienes jurídicos en sentido penal, y estos bienes jurídicos deben funcionalizarse a raíz de la persona y d) la Política-Criminal moderna daña el concepto

jurídico protegido es el punto de referencia fundamental tanto para valorar la gravedad o importancia de cada delito, como para ordenar sistemáticamente los delitos a lo largo de toda la Parte Especial”.

⁶⁸⁰ SCHÜNEMANN, “Sistema de derecho penal y Victimodogmática”, en el *Libro homenaje a Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2003, p. 160 en el cual dicho autor afirma que: “como punto crucial para toda argumentación teleológica en el campo del ilícito penal es indispensable el principio de lesividad social o el principio de la protección del bien jurídico”.

⁶⁸¹ POLAINO NAVARRETE, M.; *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, n.º 19, 1974, en cuya Introducción el autor ya deja patente que la existencia del bien jurídico no tiene mayores discusiones y que es innegable el carácter de presupuesto básico que ocupa lugar preeminente en la justificación misma de éste.

⁶⁸² ALCÁ CER GUIRAO, R.; (Prólogo de Enrique Gimbernat), *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003, P.99 y P. 123. Obra en la que postula toda una serie de ventajas que desde su perspectiva vienen impuestas por la consideración a favor de la teoría del bien jurídico, en detrimento de la teoría del quebrantamiento de la vigencia de la norma.

⁶⁸³ SOTO NAVARRO, S.; *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Prólogo: José Luis Díez Ripollés, Ed. Comares, 2003. Como en el propio prólogo, Díez Ripollés afirma que: “Para Soto Navarro el bien jurídico protegido no es un referente axiológico autónomo, sino un mero instrumento técnico-jurídico del que hay que servirse para concretar presupuestos esenciales para la convivencia, que son, por eso mismo, dignos de protección criminal”. La autora se centra en un referente axiológico tomado de las *convicciones sociales* y no en el bien jurídico propiamente.

⁶⁸⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, 2.a edición aumentada, corregida y puesta al día. Ed. Ariel, Barcelona, 2ª ed. 1991. P. 3 en que se afirma en que “el delito o injusto se constituye sobre los bienes jurídicos, por eso la determinación material de los tipos legales sólo puede surgir a partir del bien jurídico.”

⁶⁸⁵ BERDUGO GÓ MEZ DE LA TORRE, I.; “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”, Ejemplar dactilografiado, Salamanca, 1990, p. 6, “se entiende que el Derecho penal tiene que posibilitar la vida en comunidad a través de garantizar el funcionamiento y la evolución de un determinado sistema social, el concepto de bien jurídico tiene que ir necesariamente referido a la realidad social y sobre esta base no puede ser la creación del legislador sino que es anterior al mismo y puede limitar su actividad”.

tradicional de bien jurídico con la utilización de bienes jurídicos vagos y demasiado generalizadores⁶⁸⁶.

Por tanto y a modo de resumen dos son las posturas que en nuestros días debaten de manera general y mayoritaria el fin y la función de nuestro Derecho penal; la primera se centra en la vigencia de la teoría del bien jurídico como fundamento y límite de la criminalización de conductas y, la segunda se correspondería con la postura doctrinal que se apoya en la vigencia de la norma para justificar tal criminalización. La última opción sería típica de una Sociedad que hace frente a los cambios sociales con el control que se desprende del uso de más Derecho penal; JAKOBS justifica y legitima su solución de la mano de su teoría del *Derecho Penal del Enemigo* de la que nos ocuparemos más adelante⁶⁸⁷.

En nuestra opinión resulta indispensable construir una propuesta partiendo de la primera opción, es decir, sin perder de vista las finalidades propias del Derecho penal tradicional, de origen Liberal, rescatando este sustrato sobre el que se construye y ha evolucionado la Sociedad Moderna y Contemporánea, e intentar aplicarlo a las nuevas criminalizaciones de la postmodernidad, como es el caso de los delitos de violencia doméstica y de género sin que por ello suponga una expansión expansiva⁶⁸⁸. La necesidad de un tipo penal específico que contemple esta problemática no debe por tanto, perder de vista la función de motivación ni la función de exclusiva protección de bienes jurídicos que debe derivarse de un Orden Penal propio de un Estado Postmoderno que se erige como Democrático y Social de Derecho.

⁶⁸⁶ HASSEMER, W.; “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La Teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ronald Hefendehl (ED), Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina Presentación de Enrique Gimbernat, Marcial Pons, 2007. P. 96.

⁶⁸⁷ Ver el apartado dedicado a tal fin dentro del Capítulo V de este trabajo dedicado a la Política-Criminal.

⁶⁸⁸ En cuanto a la expansión del derecho penal, hay que diferenciar si es extensiva o intensiva, es cierto que sólo se exige a raíz de los ochenta su penalización, pero depende de si tomamos de referencia el bien jurídico de las lesiones (bien jurídico tradicional) o la integridad moral (como novedoso en el cp de 1995). Respecto de la expansión del Derecho penal ver SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, IBDeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 71

En realidad, como ya hemos mencionado en otra parte del trabajo⁶⁸⁹ el tipo de injusto aparece en 1989 motivado por la gran alarma social generada por los datos arrojados de las investigaciones criminológicas. A este nivel de actuación criminológico hace frente la respuesta del legislador, y con ello se abre paso la función extrasistemática⁶⁹⁰ del bien jurídico; coincidiendo su aparición con los parámetros de oportunidad de la Política-Criminal imperante a finales de los años 80, cuando aparecen esos cambios en el Código Penal debidos a la labor de esa nueva fuerza legislativa que es el movimiento feminista. La década de los 80 coincide con la superación de la época dictatorial, en la que se relajan los valores religiosos hasta entonces imperantes y, dejan de considerarse premisas intocables algunos aspectos de la vida privada como son los que acontecen hacia adentro de los hogares, donde el “todo vale” deja de tener la misma intensidad. También desde la función intrasistemática del bien jurídico, podremos convenir acerca de la adecuación de la ubicación de estos delitos desde su aparición en el panorama penal, haciendo una interpretación teleológica del capítulo del Código en el que se halla tipificado este delito, que como veremos comenzó dentro de la rúbrica de las lesiones y ahora se halla dentro de las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

Con carácter general, dos son las condiciones que se exigen a un bien jurídico para que deba ser objeto de protección por el Derecho penal: la suficiente importancia social y la necesidad de protección por el Derecho penal⁶⁹¹, comprobaremos a continuación que esos dos condicionantes adquieren suficiente enjundia para el bien jurídico concreto de la violencia habitual como para justificar la creación del injusto objeto de nuestro análisis.

⁶⁸⁹ Concretamente en el Capítulo II, II, 2.

⁶⁹⁰ En cuanto a las funciones extrasistemática e intrasistemática del bien jurídico, consultar BARATTA, A.; “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, en *Revista de Justicia Penal y Sociedad*, Año III, nº. 5, Agosto 1994. P. 75 y ss.

⁶⁹¹ MIR PUIG, S.; “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del Ius Puniendi”, en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991 p. 209

2.1.4.2. Aproximación al estudio concreto del bien jurídicamente protegido en el art. 173.2 CP

A) Como falta del art. 583 CP (1973).

La introducción de los malos tratos en el ámbito familiar comenzó con la falta tipificada en el art. 583 CP-1973 y como veremos, se encontraron dificultades a la hora de encajar ese maltrato en la rúbrica de “las faltas contra las personas”. De esta manera BERDUGO puso de manifiesto el debate que sobre el bien jurídico de las lesiones imperaba hasta los años 80 resaltando que, para la mayoría de la doctrina sería la integridad física el objeto de protección haciendo uso de una visión netamente naturalista⁶⁹². Sin embargo este autor comenzó a estimar la salud personal como el más apropiado, concluyendo que según los resultados arrojados casi de *lege data* por el código en su texto Refundido de 1973, se revelaba que el menoscabo producido para la salud podía analizarse desde tres puntos de vista: *a)* como pérdida de sustancia corporal, *b)* o como pérdida o limitación de sus funciones o *c)* sobre las posibilidades de participación en el sistema social⁶⁹³. Para los fines que ahora nos interesan destacamos la siguiente reflexión: “a caballo entre los citados grupos, puede considerarse la falta de lesiones del art. 583.1 CP, en cuanto debe existir un menoscabo en la salud personal, aunque ésta sea de tan escasa entidad que no impida al ofendido dedicarse a su trabajo habitual ni exija asistencia facultativa⁶⁹⁴”, poniendo los ejemplos del ojo inflamado o del leve hematoma en cualquier otra parte del cuerpo⁶⁹⁵, muy propio por otra parte, en los casos de violencia en la pareja. Por lo que concluye que en el caso del maltrato no es el bien jurídico de las lesiones el que se protege, sino más bien el propio de la injuria, por lo tanto más próximo al honor que a la salud. En definitiva, en el art. 583.2 CP se desarrollaba la falta de maltrato en el caso de que ese comportamiento descrito en el primer párrafo lo llevaran a cabo los maridos en contra de sus mujeres *aun cuando no*

⁶⁹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 25 y ss.

⁶⁹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 25

⁶⁹⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 26

⁶⁹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 26.

se causasen lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior. Bagatelización⁶⁹⁶ delictiva por tanto con que comenzó a introducirse el maltrato familiar en el código a través de una figura típica que cambiaría a medida del paso de los años con la presión de uno de los denominados gestores de la moral colectiva, el feminismo⁶⁹⁷, promotor y artífice de la mayoría de las reformas acaecidas en estos últimos veinte años que acabaron por convertir esta falta en delito. La precipitación en el afán legislativo y punitivista en este delito ha hecho que reforma tras reforma la correlación entre la interpretación sistemática y teleológica del injusto no haya coincidido con la doctrinal ni la jurisprudencial. En este sentido muchos han sido los cambios respecto del bien jurídico.

B) Como delito de lesiones (de 1989 a 2003)

Tras la reforma de 1989, se ubica este delito dentro de la rúbrica de las lesiones, DÍEZ RIPOLLÉS afirma que la delimitación conceptual y teleológica entre los malos tratos y las lesiones cambia, criticando que “está muy extendida en la doctrina la opinión de que existe una diferencia vinculada al diverso bien jurídicamente protegido⁶⁹⁸” y a su juicio “tanto los delitos de lesiones como las faltas de lesiones y malos tratos responden a la protección del mismo bien jurídico, el de la integridad y salud personales. La pretendida conexión, total o parcial, de los malos tratos al bien jurídico honor, carece de fundamento tras la desvinculación que se ha producido del concepto de malos tratos del de injuria a través de la desaparición del concepto de malos tratos de palabra⁶⁹⁹”.

⁶⁹⁶ Término al que se refiere TAMARIT i SUMALLA, J. M.; *La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del código penal de 21 de junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990, p. 87.

⁶⁹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Los nuevos gestores de la moral colectiva*, aparecido en el diario *El Mundo* el 10 de julio de 2004.

⁶⁹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De las lesiones”, en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997. P. 336.

⁶⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De las lesiones”, en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997. P. 337.

Su ubicación dentro de las lesiones resultó muy polémica desde el inicio dentro del Capítulo IV del Título VII del libro II del CP que recogía los tipos cuyo fin es el de tutela de la salud personal o la integridad física o el bienestar personal al ser estos conceptos los mayoritariamente aceptados por parte de la doctrina al cubrir el valor protegido en la rúbrica de las lesiones⁷⁰⁰. Si en realidad éste delito se constituyera como una cualificación de la falta del art. 582 CP, en razón de la concurrencia de tres elementos típicos: la habitualidad de la conducta, la relación entre los sujetos activo y pasivo y el empleo de la violencia física⁷⁰¹, parecería lo más lógico argumentar que con ella se trataría de proteger el mismo bien jurídico que el que cabe esperar de los delitos de lesiones, que para algún autor no es otro que la integridad y salud personales⁷⁰², o la indemnidad de la persona⁷⁰³, incluso la incolumidad personal⁷⁰⁴, bien en la fase de peligro para esos bienes jurídicos, bien en su fase de lesión.

⁷⁰⁰ Apuestan por la protección del bien jurídico igual al de las lesiones, como analizaremos más detenidamente a continuación, atendiendo a la importancia sistemática del bien jurídico, autores como MAQUEDA ABREU “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma” en QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F.; *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi editorial, Navarra, 2001, p. 1525, (integridad personal), CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 42: el bien jurídico es la integridad física y psíquica “con independencia de que como consecuencia de la agresión de que se trate, se comprometan otros bienes jurídicos, en efecto de muy diversa calidad”. GARCÍA ÁLVAREZ, DEL CARPIO DELGADO en *El delito de malos tratos en el ámbito familiar (LO 14/1999, de 9 de junio). Problemas Fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 27 el la que las autoras admiten “que con el delito de malos tratos se protege el mismo bien jurídico que en las lesiones; es decir, la salud”...continúan argumentando las autoras en la p. 33 que “con la incriminación de las violencias psíquicas habituales se castiga la puesta en peligro de la salud mental con independencia de que ésta llegue a ser lesionada... bien jurídico que permite seguir manteniendo su correcta ubicación sistemática en sede de lesiones”. Del mismo modo DEL ROSAL BLASCO, B.; “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar y tutelar” en *Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 159: “un precepto de tal naturaleza no está pues, destinado a proteger a la familia como bien jurídico susceptible de consideración autónoma, sino a proteger la salud y/o el bienestar personal de los individuos, y por ello se configura como una especie agravada de las faltas de lesiones o de la falta de malos tratos de obra”.

⁷⁰¹ MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), BERDUGO, I.; GARCÍA ARÁN, M.; *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 104.

⁷⁰² GRACIA MARTÍN, L.; *Comentarios al código penal. Parte especial I, Títulos I a IV y faltas correspondientes*. En DÍEZ RIPOLLÉS y GRACIA MARTÍN. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 424.

⁷⁰³ Circular de la FGE 2/1990 de 1 de enero. p. 17.

⁷⁰⁴ ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J.; “Malos tratos habituales en el ámbito familiar”, en *Delito de lesiones*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 142.

Sin embargo de opinión contraria, otra parte de la doctrina como vimos, parte de la idea que el delito de violencia habitual se constituye como un delito autónomo del que también cabe esgrimir un bien jurídico diferenciado del típico de las lesiones, más encaminado a la protección de algunos valores constitucionales como el honor, la dignidad, la integridad moral (recogidos en los artículos 10.1 y 15 de la Constitución), o la paz y convivencia familiar. Así, la búsqueda de bienes jurídicos propios que encajen mejor con el trasfondo de este asunto lleva a MARCHENA GÓMEZ a adoptar el respeto como bien a tutelar, pues rechaza la integridad física, al no representar el maltrato una afección que suponga sufrir un menoscabo sensible⁷⁰⁵.

Por su parte TAMARIT i SUMALLA afirma que “el sentido del art. 425 radica sobre todo en la necesidad de evitar que determinados hechos considerados especialmente graves permanezcan en el ámbito de las faltas⁷⁰⁶”, alegando que se trata de un “injusto diferencial” y, haciendo especial hincapié este autor en la humillación moral de la víctima y en el riesgo de causar importantes traumas psíquicos derivados del maltrato. Afirmación con la que estaríamos de acuerdo siempre y cuando la bagatelización que representaba la reforma del 89 no hubiese encontrado un movimiento pendular años más tarde (como veremos en el año 2003) que adoptó esa postura que ha resultado político-criminalmente inconsistente, porque ha hecho perder de vista el imprescindible principio de insignificancia, que exige conforme a la idea defendida del bien jurídico, cierta entidad de la conducta que suponga realmente un daño social para poder aplicar pena de prisión.

Justamente la postura mantenida por este autor es la contraria a la que mantuvo BUSTOS que veía en la creación de este injusto una fácil huída hacia el Derecho penal a la que se había acudido para tratar de evitar lo que en realidad suponía enfrentar un entramado cultural complicado⁷⁰⁷. Siendo así que, aunque de la mayoría de las opiniones doctrinales se desprende un reconocimiento de poca entidad en estas

⁷⁰⁵ MARCHENA GÓMEZ, M.; *La Reforma y actualización del código penal (LO 3/1989 de 21 de junio)*, Las Palmas de Gran Canaria, ICSE, 1989, p. 73.

⁷⁰⁶ TAMARIT i SUMALLA, J.; *La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la Reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990, p. 174.

⁷⁰⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal, Parte especial*, 2.a edición aumentada, corregida y puesta al día. Ed. Ariel, Barcelona, 2ª ed. 1991, p. 64.

conductas aisladamente consideradas, se pone el énfasis en su reproducción continuada y en la incisión que esa habitualidad en el comportamiento tiene sobre el bien jurídico. A partir de aquí podemos vaticinar que será la postura mantenida por TAMARIT i SUMALLA y no la de BUSTOS, la que guiará las reformas de los años siguientes en las que lejos de desaparecer el delito, se irá desarrollando cada vez más en respuesta a la petición popular de una mayor presencia del aparato punitivo estatal en la represión de estas conductas.

Desde que en la Exposición de motivos de la LO 3/89 de 21 de junio se afirmara que el objeto de este delito consistía en la protección de los miembros físicamente más débiles del ámbito familiar es una cuestión no exenta de polémica y repercusión la relativa al bien jurídico, pues ha llegado a confundirse o ser equivalente para parte de la doctrina el objeto protegido -la familia-, con el bien jurídico a tutelar, que muchos han visto en la paz familiar propiamente⁷⁰⁸. Cuestión a la que objetamos que si fuere así, su colocación en el libro segundo del código penal sería otra, dentro de la rúbrica de los delitos contra las relaciones familiares. La tónica seguida por la anterior redacción se mantiene en el Código Penal de 1995, pese a que la totalidad del código sufrió una reforma sustancial respecto a la regulación anterior. Se trataba del denominado código penal de la Democracia, de nueva planta, en el que sin embargo, no se producen demasiados cambios en materia de violencia doméstica. La falta de malos tratos pasa a recogerse en el art. 617.2 CP y el delito en el art. 153 CP, pero éste sigue formando parte de la rúbrica de las lesiones. Continúa el debate por tanto en torno a cual pueda ser el bien jurídico protegido que englobe de mejor manera todos los delitos dispuestos bajo esa rúbrica, como la incolumidad física siendo las más apropiada “para dar cabida entre las lesiones a la dignidad del ser humano y comprender dentro del bien que se protege a

⁷⁰⁸ Defensores de la paz familiar en el ámbito doméstico como bien jurídico tutelado, son GANZENMÜLLER ROIG, G., ESCUDERO MORATALLA, J. F., FRIGOLA VALLINA, J., *La Violencia Doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, Barcelona, 1999, p. 270 argumentan que “lo que realmente se trata de proteger son las pacíficas relaciones de convivencia afectiva libremente aceptadas”. En el mismo sentido ACALE SÁNCHEZ, M.; “*El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*”, Valencia, 2000, p. 133 en la donde la autora literalmente expresa que “el bien jurídico protegido tiene que estar relacionado con estas características que distinguen los actos de violencias típicas a los efectos del art. 153, es decir, tiene que estar relacionado con la esencia o el núcleo de los vínculos que se establecen en el ámbito familiar”. CIRCULAR 1/1998 de 24 de octubre sobre Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar: “El bien jurídico que se protege en el art. 153 es, por consiguiente, distinto al que se tutela en los restantes preceptos penales en los que antes se hizo referencia. En éste se trata de la paz y convivencia familiar”.

los casos de malos tratos de obra, que sin causar lesión constituyen no obstante la falta del art. 617.2⁷⁰⁹". Otros autores estimaron la "dignidad de la persona humana en el seno de la familia, en su versión del derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante" como el bien jurídico a proteger⁷¹⁰. Por su parte BUEREN RONCERO⁷¹¹ hace especial hincapié en que dentro del CP 95, el reproche penal queda claro que existe no sólo por el maltrato físico habitual, sino también por los resultados lesivos que eventualmente se produzcan, lo que le lleva a considerar que además de la integridad física hay otros valores constitucionales que están también necesitados de protección, que para LARRAURI no son otros que la defensa de la libertad y seguridad⁷¹².

Parte de la Jurisprudencia emanada de nuestros tribunales estima igualmente, como bien jurídico protegido, la dignidad de las personas en la familia, como se deduce de la SAP de Baleares núm. 53/1998 (Sección 1ª), de 27 de marzo, o la SAP de Madrid núm. 52/1998 (Sección 6ª) de 10 de febrero, o la SAP de Córdoba núm. 32/1998 (Sección 2ª) de 9 de marzo estimando que dicho delito afecta "directamente a la dignidad de la persona". La AP de Córdoba afirma mediante sentencia núm. 39/1998 de 7 de septiembre que "el bien jurídicamente protegido no es la salud de las personas, sino

⁷⁰⁹ CALDERÓN CERESO, A.; CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II, Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, 1999, P. 629. Considera también el bien jurídico incolumidad VALCARCE LÓPEZ, M.; "Violencia psíquica", en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I*, Jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 25, 26 y 27 de mayo de 1998, Ministerios de Justicia, Madrid, 1998-1999, p.44.

⁷¹⁰ CARRECEDO BULLIDO, R.; "La protección jurídica del derecho penal frente a la violencia doméstica", en *Otra frontera rota I: Aspectos jurídicos de la violencia doméstica. Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres*, 1998, Madrid, p. 36. También CARBONALL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; *Comentarios al código penal del 1995, Vol. I*, en VIVES ANTÓN, T. (coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 801. Igual que CUENCA i GARCÍA, M. J.; "La violencia habitual en el ámbito familiar" en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, p. 17-18, en el que establece la dignidad como el bien jurídico digno de protección pero debido a su amplitud y generalidad lo concreta en el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante o a no ser sometido a trato cruel o de contenido vejatorio o humillante siendo la "antesala de los atentados contra la integridad física o moral".

⁷¹¹ BUEREN RONCERO, J. L.; "Violencia familiar" en *La Violencia en el ámbito familiar: Aspectos jurídicos y médico periciales. (Elementos sustanciales a tener en cuenta en posibles reformas legislativas)* en Jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 12, 13 y 14 de abril de 1999, recogidas en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I*, 1998-1999, Ministerio de Justicia, p. 176.

⁷¹² LARRAURI, E.; "Violencia doméstica y Legítima Defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho" en LARRAURI, E.; y VARONA, D.; *Violencia Doméstica y Legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, p. 38

el conjunto de valores representado por su dignidad, seguridad, bienestar y equilibrio familiar o situación asimilada”. De otra forma definido pero defendiendo la misma idea, la AP de Las Palmas apuesta por el mismo bien jurídico “debiendo estimarse que implica un ataque plural y complejo al tiempo, ya que supone un atentado a la dignidad humana mediante actos contra la integridad física acompañados de la humillación, vejación y degradación que supone el dirigirlo a seres tan indefensos como niños o parientes o cuasi-parientes aprovechando la intimidad y dependencia que supone dicho ámbito de privacidad⁷¹³”. En la jurisprudencia ya se va analizando que “el mayor desvalor de la acción que justifica tal tipificación, radica en la continua humillación y erosión de la personalidad de la víctima, que proviene del constante temor y angustia ante la repetición de tal naturaleza, dada su condición de habituales y la relación de convivencia con el sujeto activo de la infracción, que aprovecha su situación de prevalimiento o dominio sobre los otros miembros de la comunidad familiar... La relación de convivencia, el prevalimiento de una situación de dominio y la habitualidad, son pues, los motivos ponderados por el legislador para la tipificación como delictiva de una conducta que aisladamente considerada no generaría más que una sucesión de infracciones constitutivas de falta⁷¹⁴”.

La cuestión se complica y toma otro cariz cuando a raíz de la modificación de 1999 se añadieron las violencias psíquicas⁷¹⁵ a la descripción típica y sin embargo se mantiene en la misma rúbrica (de las lesiones), hasta que en 2003 estas especiales violencias físicas y psíquicas que caracterizan la violencia familiar pasan a integrarse en la rúbrica “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, dando cabida a la protección de otros bienes jurídicos como la dignidad o la integridad moral. En principio tras la reforma del 99, algunas posturas doctrinales siguen estimando el art. 153 como delito relativo a la defensa de la integridad personal⁷¹⁶ sea en forma de

⁷¹³ SAP Las Palmas (Sección 2) de 5 de diciembre de 1998 y SAP Jaén núm. 130/1998 (Sección 1) de 13 de noviembre.

⁷¹⁴ SAP La Coruña núm. 132/1997 (Sección 4ª) de 19 de Noviembre.

⁷¹⁵ Mediante la ya mencionada LO 14/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal del 95 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷¹⁶ Integridad personal que mayoritariamente se acepta como la suma de la integridad física y moral, así se desprende de DÍAZ PITA, M. M.; “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en *Estudios penales y criminológicos*, XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 55

peligro “posible o acaso probable⁷¹⁷”, es decir a modo de peligro concreto, de que bajo ese clima de violencia aumenten las posibilidades de sufrir algún daño para la salud, otros autores comienzan a considerar también el ámbito psicológico alegando que desde la ubicación sistemática y la descripción gramatical se entiende que el valor protegido es la salud física y mental de los miembros del núcleo familiar⁷¹⁸. Sin embargo, en base a los tradicionales criterios teleológicos implícitos en la ubicación de los delitos del código CERVELLÓ DONDERIS apuntaba la dificultad que planteaba la ubicación sistémica entre los delitos de lesiones, de un bien jurídico que oscila entre la integridad corporal y la dignidad humana, para afirmar que en realidad se trataba de un delito pluriofensivo y, entendiendo que el tipo de los malos tratos habituales protegía junto a la integridad física, principalmente la dignidad humana⁷¹⁹.

Sin embargo, en verdad “la ubicación sistemática es sólo uno de los criterios para determinar el bien jurídico y no resulta totalmente determinante en la concreción de aquel⁷²⁰”, resaltando por tanto la función crítica del bien jurídico, motivo por el cual ya desde entonces había quienes consideraban la integridad moral del sujeto pasivo como el propio del delito. En definitiva, desde una perspectiva más integradora, la entrada de las violencias psíquicas en el tipo penal inclina más la balanza hacia la protección de la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, más concretamente, a su derecho de no ser sometida a trato inhumano y degradante, o a la integridad moral. También BARQUÍN SANZ desde el año 1999 vaticinaba una especial

⁷¹⁷ En este sentido, MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, 2001, p. 1525 y ss. estima la integridad personal el bien jurídico a proteger en el delito del art. 153, y por tanto, estimando el delito como una agravación de la falta del art. 617.2 CP. Consultar en este sentido la opinión al respecto de DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.; “Cuestiones concursales en el delito del art. 153 del código penal”, en MORILLAS CUEVA (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 325 para quien no se produce ningún tipo de discordancia entre lo que se quiere proteger y la descripción que se hace en el tipo, alegando que estamos ante un delito contra la integridad y salud personal.

⁷¹⁸ DOLZ LAGO, M. J.; “Violencia doméstica habitual: mitos y realidades”, en *La Ley*, Año XXI, diario núm. 5047, de 5 de mayo de 2000, p. 2

⁷¹⁹ CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª ép. Núm. 33, marzo, 1994, CGPJ, p. 46 y p. 53. Consultar del mismo autor cómo ratifica su postura en “El delito de malos tratos en el ámbito familiar” en *Cuaderno del Instituto vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 15, 2001, p. 79

⁷²⁰ OLMEDO CARDENETE, M.; *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*. Atelier, Barcelona, 2001, consultar p. 31 y p. 42.

relación entre el delito de malos tratos en el grupo familiar del 153 CP con el bien jurídico integridad moral⁷²¹. En el mismo sentido MORILLAS CUEVA argumentaba a favor de la integridad moral como bien jurídico en torno al que giran las violencias familiares en motivos como “la propia naturaleza del tipo ahora contenido en el art. 153, su ampliación a la violencia psíquica, la extensión de los sujetos que rompe el estricto marco del ámbito familiar, su compatibilidad concursal con las lesiones y los efectos que el desarrollo prolongado de los comportamientos descritos en el tipo tienen sobre la víctima⁷²²”.

Hay más autores que comparten la misma opinión, pero además alegan que hay un plus en la antijuricidad de esta construcción legislativa, pues junto al ataque a la vida o salud existe un plus que constituye la esencia del delito de malos tratos, que se identifica con el objeto de protección de éste⁷²³, un bien jurídico que engloba el estado de tensión y miedo, y que supone tal humillación que está más relacionado por tanto con la dignidad de la persona, concretamente con la integridad moral de la misma. Al igual que GÓMEZ RIVERO, para quien el bien jurídico del delito de malos tratos tiene en cuenta el estadio de peligrosidad para el bien jurídico protegido en las lesiones, pero no se agota ahí, siendo otros valores como la dignidad, bienestar, seguridad y tranquilidad los realmente tutelados por el tipo⁷²⁴.

Por tanto, además de la integridad moral, hay autores que van a considerar el análisis sometido a argumentos diferenciadores político-criminales y de autonomía legal y de este modo habría que concluir entonces que “si lo que se castiga es la creación de un clima de violencia permanente o sostenida, estaremos aludiendo a que los episodios de violencia están latentes en todo momento, por lo cual, si la habitualidad es algo más

⁷²¹ BARQUÍN SANZ, J.; “Artículo 173”, en COBO DEL ROSAL, M. en *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1999, p. 272

⁷²² MORILLAS CUEVA, L. (coord.) “Respuestas del código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 672.

⁷²³ CASTELLÓ NICAS, N.; “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord) en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 69-72.

⁷²⁴ GÓMEZ RIVERO, C.; “Algunos aspectos del delito de malos tratos” en *Revista Penal*, núm. 6, Julio de 2000, p. 71. Autora que en esa misma obra (p. 82) matiza que el “delito de malos tratos tamiza la protección de la dignidad de la persona desde la perspectiva del riesgo que se produzca un resultado lesivo”.

que la suma de actos aislados, ese mayor contenido de injusto que justifica la sanción se haya precisamente en esa violencia latente que no significa otra cosa que peligro para la salud e integridad personales, de ahí que se exija el elemento cronológico de la cercanía temporal entre los distintos episodios de violencia⁷²⁵”. Otra cuestión es que justamente preveamos que no se llega a materializar el resultado pero sí el peligro a la salud junto a la lesión a la integridad moral, entonces sí entraría a concurso ese peligro con el resto de resultados propiamente establecidos⁷²⁶, afirmaciones que compartimos y que serán desarrolladas en sede de concurso más adelante.

Queda descartado el honor como bien argumenta NUÑEZ CASTAÑO, en su búsqueda del objeto jurídico motivo de protección que dotara de originalidad a las violencias domésticas. Descarta la protección del honor tras valorar el concepto en su sentido objetivo (como la suma de aquellas cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan) y subjetivo (que es la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio)⁷²⁷, alegando que los comportamientos que aquí analizamos pueden afectar al elemento subjetivo pero no al objetivo, por lo que su no concurrencia “implica el rechazo del honor como bien jurídico protegido en el delito de malos tratos⁷²⁸”, por tanto esta autora se opone a la estimación de bienes jurídicos como el honor o la integridad moral, decantándose por el típico de las lesiones, en este caso estimando la salud como objeto jurídicamente protegible en las violencias domésticas habituales, “así si el bien jurídico que se protege es el mismo que en los delitos de lesiones, se hace necesario determinar cuáles sean las conductas que deben incluirse en aquel, a fin de

⁷²⁵ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.; “Cuestiones concursales en el artículo 153 del código penal”, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002. p. 330.

⁷²⁶ En este sentido también se pronuncia GÓMEZ RIVERO, C.; “Algunos aspectos del delito de malos tratos” en *Revista Penal* núm. 6, Julio de 2000, p. 71, “si el delito de malos tratos no fuese más que la anticipación de la situación de peligrosidad ínsita en las lesiones, las reglas generales de la teoría del delito determinarían que el resultado lesivo consumiera la situación de riesgo, en cuanto que la misma nos sería más que una secuencia precedente a aquel cuyo castigo autónomo quedaría vedado por la regla penal básica del *nen bis in idem*”.

⁷²⁷ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 81

⁷²⁸ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 83

evitar superposiciones de preceptos”⁷²⁹, sin embargo tras hacer un estudio de las conductas en comparación con los tipos generales de injurias, amenazas y coacciones y, por último con los delitos contra la integridad moral, concluye la innecesariedad de la tipificación autónoma del delito de los malos tratos, escudándose los defensores de tal tipificación en la habitualidad en la conducta y en las relaciones entre los sujetos involucrados en tales conductas⁷³⁰. No compartimos estas posturas que estiman que las conductas ya estarían castigadas en los genéricos del código penal, puesto que efectivamente se trata de una violencia diferenciada, en la que entran a formar parte personas concretas y que necesita por tanto de una respuesta autónoma, otra cosa es después cómo se tipifique, y sobre todo⁷³¹ cómo se interprete.

También quedan defensores que siguen fundamentando el especial injusto típico en la especialidad del bien jurídico de “las pacíficas relaciones de convivencia afectiva libremente aceptadas que, regidas por los principios de igualdad y solidaridad deben darse entre todos sus miembros⁷³¹”. Teoría que se ve muy respaldada por la Jurisprudencia, póngase el ejemplo de la STS 24-6-2000 alegando que “la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados, y el bien jurídico es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar⁷³²”.

⁷²⁹ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 106

⁷³⁰ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 145

⁷³¹ GANZENMÜLLER ROIG, C.; “El fiscal en la investigación de los delitos contra la violencia familiar”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales III*, Jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 28, 29 y 30 de junio de 1999, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, p.201. Al igual que podemos citar a DEL MORAL GARCÍA, A.; “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar: Aspectos sustantivos”, jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 10 al 12 de abril de 2000, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II*, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, P. 263. Del mismo modo JAIME MORENO VERDEJO defiende la misma postura, consultar en “El concepto de habitualidad en el delito del art. 153 del código penal: aspectos procesales y sustantivos”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 10 al 12 de abril de 2000*, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II*, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, p. 377.

⁷³² STS núm. 927/2000 de 24 de junio en su Fundamento de Derecho núm. 4.

Es el caso de la STS núm. 1162/2004 de 15 de octubre en la que se afirma que “a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III CP relativo a las lesiones, el bien jurídico trasciende y va más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10- , que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes- art. 15- y en el derecho a la seguridad, art. 17, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39... Puede afirmarse que el bien jurídico es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes”.

Estamos de acuerdo en que cuando se golpea con cierta habitualidad a alguien no sólo se ve mermado su derecho a la salud, o a la integridad (física, psíquica, moral), sino que otros muchos valores como el respeto, la dignidad, el honor también se ven mermados, sin embargo esta situación no es característica de los malos tratos domésticos, sino de la mayoría de los delitos, por tanto debemos decidimos por un bien jurídico propio independientemente de que aceptemos la afección a otros valores.

C) Como delito contra la integridad moral (2003- ...)

En el año 2003 se producen grandes cambios, las violencias habituales hasta ahora del 153 se dividen en habituales y no habituales, pasando las habituales (hasta ahora en el 153 dentro de la rúbrica de las lesiones) a formar parte del Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral” recogidas en el art 173.2 CP, “para evidenciar que en estos casos se afecta a un bien jurídico distinto de la integridad física y es la integridad moral⁷³³”. Parte de la doctrina llevaba demandando desde las reformas anteriores el cambio de rúbrica de este delito al decantarse por la protección de

⁷³³ LARRAURI PIJOAN, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, Madrid, 2007, P. 61. De la misma opinión BOIX REIG, J.; “Prólogo” en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 20 para quien la nueva ubicación es más acorde al interés jurídico protegido.

aquellos valores que entrando en el marco general de la dignidad aterrizan de manera concreta en los conceptos de integridad moral o derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes⁷³⁴, aclarando que el cambio de rúbrica supone uno de los avales de justificación de la reforma⁷³⁵. Por eso, muchos son hoy los que defienden la integridad moral como bien jurídico de las violencias habituales⁷³⁶ que incluso algunos concretan como un tipo específico de tratos degradantes “cuyo fundamento radica en la situación de sujeción o dominación de la víctima respecto del sujeto activo que proporciona la relación familiar o cuasi-familiar y que tiene como función castigar como un trato degradante específico las violencias habituales realizadas en el ámbito doméstico⁷³⁷”, en vez de sobre los delitos de malos tratos simples u ocasionales.

⁷³⁴ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, núm. 5, Julio de 2000, p. 20

⁷³⁵ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género” en BOIX REIG, J y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; *La nueva ley contra la violencia de género. (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 260

⁷³⁶ OLMEDO CARDENENTE, en COBO DEL ROSAL, M.; *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, 1999, P. 459-460. De la misma forma de pensar, consultar ASÚA BATARRITA, A.; “Los nuevos delitos de <violencia doméstica> tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Cuadernos penales Jose María Lidón, núm. 1, Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 212, respecto al delito del art. 173, “en particular a partir de la reforma de 1999, la explícita mención al a la violencia psíquica va a propiciar el desplazamiento del acento hacia la consideración de la autonomía de decisión y de la integridad moral como núcleo de tutela”. De la misma opinión MENDOZA CALDERÓN, S.; “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p.129. Igual que ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F. (Director); *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Mar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 728. En el mismo sentido consultar FELIP I SABORIT, D.; “Maltrato y lesiones leves contra personas allegadas”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 101 “en el art. 173. 2 no se protege pues, la salud, libertad o seguridad de las víctimas, cuya afectación ya se contempla en otros preceptos del Código, sino su integridad moral”. FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R.; “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 101. También MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial*, Décimosexta edición, revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 187.

⁷³⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ, J.; “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006. p. 78-79. En igual sentido se pronuncia GARCÍA ARÁN, M.; “Art. 153” en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M.; (Directores), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, 2004, p. 120, “la comisión en el ámbito familiar es lo que fundamenta, junto a la habitualidad, el delito del art. 173.2, que se configura como delito contra la integridad moral, porque el legislador entiende que la repetición de agresiones en el ámbito de tales relaciones de interdependencia constituye un trato degradante”.

Otros autores se sirven del recorrido histórico para acabar afirmando que “con el tiempo, se vio que era más próximo al principio de dignidad de la persona, en concreto, a la integridad moral de la persona⁷³⁸”. Por ejemplo FARALDO CABANA también encuentra en la integridad moral el objeto jurídico digno de protección, pues “la inclusión de la figura delictiva que nos ocupa entre los delitos contra la integridad moral permite iniciar un proceso dirigido a la toma de conciencia de que estamos ante un delito contra los derechos de la persona, en concreto contra su integridad moral, de forma que sea posible desvincularlo de las connotaciones familiares que lo acompañan⁷³⁹”. Pero no todo es positivo, críticamente GIMBERNAT se manifiesta en contra del legislador de 2003 por establecer una presunción en el delito de violencia habitual y es que “el mensaje implícito en el nuevo art. 173.2, que se aplicará casi exclusivamente a las agresiones ejecutadas por autores del sexo masculino contra víctimas del femenino, es que, en contra de toda evidencia, y en contra de lo que enseña cualquier elemental aproximación a la realidad social, las agresiones de hombres sobre mujeres persiguen siempre vulnerar la integridad moral de éstas⁷⁴⁰”. Estamos en desacuerdo con todo aquello que se acerque a una presunción penal, incluso cuando se pueda admitir prueba en contrario, por eso en este caso no dudamos que el juez deba ser, en cada caso concreto, el que tenga que juzgar a través de peritajes judiciales concretos esa real afección al bien jurídico en cada caso concreto.

Fuera de esta corriente doctrinal hay autores que siguen viendo en la paz familiar el bien jurídico a proteger que es un bien jurídico de carácter supraindividual⁷⁴¹ propio

⁷³⁸ BOLEA BARDON, C.; “En los límites del derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, Núm. 9, 2007, p. 6.

⁷³⁹ FARALDO CABANA, P.; “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género” en *Revista Penal* núm. 17, enero 2006, p. 80

⁷⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E.; “Prólogo a la décima edición del Código penal”, Tecnos, Madrid, Septiembre de 2004, p. 19

⁷⁴¹ consultar ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, editorial Reus, Madrid, 2006. p. 297 para quien debería cambiar de rúbrica el tipo, y formar parte de los delitos contra las relaciones familiares del Título XII. Y en sentido opuesto, es decir, crítico con la ubicación, consultar GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto de “habitualidad” en el delito de violencia doméstica”, en *VVAA, Estudios Penales y Criminológicos*, XXV, Universidad de Santiago de Compostela, 2005. p. 97, en el que el autor propone el cambio de rúbrica de dicho delito al capítulo III (“De los delitos contra los derechos y deberes familiares”) del título XII (“Delitos contra las relaciones familiares”) del Libro II. De la misma opinión COLINA OQUENDO, P.;

del delito de abandono de familia y de los restantes delitos contra la familia, a lo que nosotros objetamos que si en realidad éste consistiere en un delito contra la familia, por qué no está en aquella rúbrica ubicado. Pero no falta quien estima que en realidad el tipo de malos tratos habituales debería resaltar el entorno familiar, que es lo que realmente marca la diferencia de este tipo penal con respecto al resto de delitos de violencia física y psíquica, y que por ello debería ubicarse mejor en el Título XII relativo a los delitos contra las relaciones familiares⁷⁴². Sin embargo a esta postura objetamos siguiendo a BECHIARELLI; en primer lugar la ubicación sistemática, pues el delito no se encuentra ubicado en el Título XII relativo a los “delitos contra las relaciones familiares” y también la existencia en el art. 173.2 *in fine* de una agravante específica por la que se impondrá la pena en su mitad superior cuando los actos “se realicen o tengan lugar en el domicilio común”. Además en segundo lugar, en el tipo no se exige la convivencia como tendremos ocasión de examinar, por lo que entrar a confluir relaciones de noviazgo en la que la paz familiar no se decanta como valor, o las relaciones de cuidadores de centros de ancianos o guarderías en las que el valor paz familiar nada tiene que ver⁷⁴³. Y en tercer lugar nos resulta obvia la observación de que “no hay lesión a la paz familiar sin maltratos preexistentes⁷⁴⁴”, por lo que los individuos que personalmente configuran el ámbito doméstico están antes que la idea más colectiva del

“Artículo 173” en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, 2ª edición, La Ley, 2007, p. 419, quien alega que el bien jurídico es la paz familiar. También RODRÍGUEZ MESA, M. J.; “Art. 173”, en ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1ª edición, 2007, p. 420-421, “se trata de proteger un bien jurídico compartido entre todos los miembros de la unidad familiar, distinto a la integridad moral de cada uno de los miembros, más próximo a las relaciones familiares y a la que ha denominado la jurisprudencia la <paz familiar>”.

⁷⁴² MARCOS AYJÓN, M.; “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del art. 173 del código penal”, en *La Ley penal, Revista de derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Estudios Monográficos de Violencia Doméstica*, nº 2, Año I, febrero 2004. p. 23-24 aunque el realidad este autor admite que tal y como está el tipo redactado lo que se protege en realidad es la dignidad de la persona en el seno de la familia.

⁷⁴³ Especialmente crítico con esta postura por desviar la atención de los bienes jurídicos realmente afectados es CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación”; en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 247

⁷⁴⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación”; en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 247

grupo familiar. Y a estas críticas podríamos añadir que la existencia de las agravantes específicas que harían incrementar las penas en su mitad superior, cuando los actos de violencia se perpetren en presencia de menores o en el domicilio común⁷⁴⁵.

Otros autores siguen apostando por “la seguridad” de las personas que conviven unidas por el lazo familiar u otro semejante que se indican en el art. 173.2 CP⁷⁴⁶. Haciendo mención no expresa a la familia como objeto material específico y bien jurídico, sino al sentimiento de seguridad que debe implicar la pertenencia a un grupo familiar. Otros en cambio siguen estimando pese al cambio de ubicación del 173.2, que se trata de un delito contra la incolumidad corporal no constitutiva de lesiones⁷⁴⁷.

Incluso tras en cambio de rúbrica sigue vigente la opción que califica al delito como pluriofensivo, y está protagonizada por diversos autores y copiosa Jurisprudencia⁷⁴⁸, postura que puede resultar lógica, y más aún si tomamos en consideración el resultado típico tras las reformas de 2003, pues como ARÁNGUEZ SÁNCHEZ opina que “la amalgama de conductas recogidas en este precepto hacen que carezca de un único bien jurídico, pues se afecta a la salud o al bienestar personal, dependiendo de la conducta típica que entre en juego⁷⁴⁹”. El argumento utilizado para evidenciar una postura favorable a la existencia de un bien jurídico pluriofensivo en el ámbito de las violencias domésticas se arrastra desde que en las reformas llevadas a

⁷⁴⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación”; en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 258.

⁷⁴⁶ ver en ROMEO CASABONA, C. M.; *Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares, 2004, p. 230

⁷⁴⁷ TAMARIT i SUMALLA, J.; “Artículo 173”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 912.

⁷⁴⁸ STS núm.1162/ 2004 (Sala de lo Penal), de 15 de octubre.; en la que se establece que el art. 153CP a partir de 1995 se eleva como un “aliud y un plus” distinto de los concretos actos de violencia llevados a cabo. “Es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pasar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –art. 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –art. 15- y en el derecho a la seguridad –art. 17-, quedando también afectados principios rectores de la Política social y económica como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39”

⁷⁴⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 15.

cabo en 2003 se siguiera el criterio estipulado años antes por un Informe del CGPJ en el que literalmente se establecía que “deberían considerarse como delito, en el mismo sentido del vigente art. 153 del CP, aquellas agresiones físicas o psicológicas cometidas por uno de los miembros del grupo familiar contra cualquiera de los otros siempre que aquellas alcancen la intensidad suficiente para provocar la lesión o la puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones, esto es la paz familiar, la dignidad, la vida o la integridad física o moral de las personas. El hecho de considerar que cualquier agresión doméstica de esta entidad revela un germen de violencia objetivamente grave, susceptible de provocar notables perjuicios a la familia y a la sociedad, aunque no se haya materializado inmediatamente en un resultado físicamente perceptible, sólo ha de servir para determinar la calificación jurídica del hecho como delito⁷⁵⁰”. Por lo que este informe estaría avalando la conversión de esas faltas a delito en virtud del aviso que suponen para la prevención de delitos más severos posteriores, es decir, que esas primeras faltas serían el aviso que da el agresor para endurecer con el tiempo su violencia tal y como se desprende del estudio del ciclo (de violencia) de WALKER.

También nuestro Tribunal Supremo ha venido sosteniendo una corriente jurisprudencial inclinada al reconocimiento de la violencia habitual como un delito pluriofensivo, en el que se estima como uno de los bienes jurídicos a proteger la paz familiar. De esta postura rescatamos como positivo el elenco de valores vulnerados con ocasión de la producción de estas conductas, sin embargo al mismo tiempo de ella se desprende cierto indeterminismo que nada aporta a los fines concretos de un tipo penal, pues de casi todos los tipos penales podría decirse que lesionan más de un bien jurídico, y por eso “cuando se lude a muchos bienes jurídicos es porque no se tiene claro qué es lo que se protege⁷⁵¹”. No estaríamos ante un delito pluriofensivo porque el ataque producido a cualquier otro bien jurídico que no sea el específicamente protegido por esta figura delictiva encontrará castigo con el concurso de delitos que se establece en la propia redacción penal, es decir, que entendemos que los malos tratos suelen ir

⁷⁵⁰ Informe sobre la Violencia Doméstica de la Comisión de estudios e informes del CGPJ aprobado por el Pleno de 7 de febrero de 2001”, *Actualidad Penal* núm 16, 2001, p. 118.

⁷⁵¹ BOIX REIG, J.; palabras procedentes del Prólogo en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 24

acompañados de otros ataques que se canalizan a través del concurso de delitos. Además coincidimos con NUÑEZ CASTAÑO en que “los malos tratos suponen o pueden suponer de hecho y objetivamente la lesión de una pluralidad de bienes jurídicos emanados de la persona. Es evidente sin embargo, que los tipos penales no abarcan la totalidad de los posibles efectos lesivos de una acción. Al contrario el tipo selecciona solo una parte de estos efectos y, de ese modo, los configura como injusto específico, es decir: injusto diferenciado de otros posibles injustos⁷⁵²”.

Sin embargo aunque todas estas opciones pueden ser justificables, en nuestra opinión resumimos en cuatro las opciones: en primer lugar, aquellas que valoran un bien jurídico pluriofensivo. En segundo lugar, aquellas cuyo bien jurídico sería más cercano a la dignidad, la integridad moral o los tratos degradantes. En tercer lugar estaría aquella cuyo bien jurídico sería de carácter supraindividual: las relaciones familiares. Y por último, aquellas que identificarían el bien jurídico con el propio de las lesiones.

Desechamos con carácter general la primera (pluriofensivo) y la tercera (de carácter supraindividual) de las opciones por los argumentos dados a lo largo del desarrollo cronológico, siendo la segunda (integridad moral) y la cuarta (integridad física y psíquica) merecedoras de un análisis un poco más detallado que tendrá su resolución más adelante según si el delito es de peligro o de lesión. Aunque adelantamos que si partimos del principio del bien jurídico como regidor en la organización de las conductas típicas incorporadas al código penal, y por ello del criterio teleológico (respondiendo a la pregunta del fin que persigue esa norma), argüimos como mejor opción aquella que maneja de manera prioritaria el bien jurídico de la integridad moral de los sujetos sometidos⁷⁵³, o la integridad física y psíquica, ya

⁷⁵² NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 80 En el mismo sentido se había pronunciado GRACIA MARTIN, L.; “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995”, en *Delitos contra la vida e integridad física, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, p. 226 quien estima que “esto no quiere decir que los efectos lesivos de una acción que quedan al margen del tipo en cuestión tengan que ser jurídico-penalmente irrelevantes; pero si son jurídico-penalmente relevantes, la razón será que dichos efectos habrán sido objeto de selección por otro tipo penal distinto que entrará con el anterior en relación de concurso de infracciones”.

⁷⁵³ seguimos por tanto la opinión que al respecto presenta MUÑOZ CONDE, F.: en *Derecho Penal. Parte Especial (Décimo quinta edición, revisada y puesta al día)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 185 y 187 respectivamente, cuando afirma la autonomía del bien jurídico integridad moral y lo

que hasta 2003 estuvo en la rúbrica de las lesiones⁷⁵⁴. Pero tampoco queremos perder de vista la faceta crítica del bien jurídico, es decir, una cosa es que el legislador haya acomodado este delito en la rúbrica relativa a la integridad moral y otra que efectivamente éste sea el que mejor responda a la finalidad.

En este sentido nos disponemos a justificar el bien jurídico integridad moral como bien jurídico autónomo del resto de bienes jurídicos recogidos en el código penal, diferenciándolo de los principales valores semejantes y finalmente observaremos cuál es el bien jurídico que mejor respuesta da a los malos tratos tomando en consideración las especificidades propias de esta figura delictiva. Algunos de estos elementos ya los hemos analizado, como la habitualidad o el riesgo, y otros que quedan por analizar como la cláusula concursal.

2.1.4.3. Justificación de la integridad moral como bien jurídico autónomo; ¿objeto de protección propio de la violencia habitual?

El concepto de integridad moral que a día de hoy maneja nuestra doctrina y Jurisprudencia deriva del concepto de tortura. El concepto de tortura deriva a su vez de la esfera internacional que se recoge en la *Convención contra la Tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes* de Nueva York de 10 de diciembre de 1984 ratificada por España tres años más tarde y, en donde se define la tortura en su art. 1 como “*todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un*

define como “el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas” afirmando igualmente que el “*bien jurídico protegido* en este delito es, en principio, la integridad moral que, sin embargo y dada la amplitud de este concepto, habrá que referir al ámbito de las relaciones familiares o cuasi-familiares al que es aplicable el precepto”. Ver también en este sentido la opinión de CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A.; “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 261: “el legislador español ha hecho bien en estimar que existe delito contra la integridad moral en el maltrato habitual a persona que está unida por relación de afectividad o determinada dependencia”.

⁷⁵⁴ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la la Ley Integral”, en *Revista Penal*, núm. 18, Julio 2006, p. 183, LAURENZO COPELLO, P.; “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., *SERTA In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 832, CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre); propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 244.

tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, etc.”

En España el concepto de integridad moral se refleja por vez primera en la Constitución de 1978 formando parte del núcleo duro de derechos y, constituyéndose como uno de los derechos fundamentales allí reconocidos (art. 15 CE). Como todo derecho fundamental posee una doble vertiente: su valor como derecho subjetivo y como norma objetiva; como derecho subjetivo oponible al Estado y como norma objetiva que describe los intereses básicos sobre los que se organiza la vida en común de una Sociedad⁷⁵⁵. Nos centraremos ahora en lo que hace específico a este interés y que ha justificado su aparición como bien jurídico novedoso en el código penal de 1995. De esta forma nos disponemos a diferenciarlo de otros bienes jurídicos con los que podrían establecerse estrechas relaciones.

Desde el punto de vista histórico la protección penal específica de la integridad moral como bien jurídico se introdujo como novedad en el CP 95, pues “con anterioridad a este texto la tortura era considerada un delito contra la seguridad interior del Estado y los restantes atentados contra la integridad moral se reconducían en la práctica a los delitos contra el honor o a la falta de vejaciones⁷⁵⁶”. La protección penal de la integridad moral comenzó en 1995 reflejada en el propio título VII denominado “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”. Los delitos contra la integridad moral tuvieron su origen por tanto, en la bifurcación sufrida por los delitos de tortura existentes en la regulación penal anterior al código penal de 1995; éstos se constituían como delitos especiales llevados a cabo por funcionarios públicos y con los que se protegía la seguridad interior del Estado, pero a raíz de la entrada en vigor del código penal de 1995, este tipo delictivo se divide y se mantiene como delito especial

⁷⁵⁵ LAUREZO COPELLO, P.; *El fundamento de las indicaciones en el aborto*, Ed. de la Universidad Complutense de Madrid, 1989, p. 364-365.

⁷⁵⁶ FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R.; “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 98

pero también como delito común⁷⁵⁷. Queremos resaltar ahora si en realidad merece una mención especial en el código penal este valor, y en qué medida se distingue de otros valores semejantes.

A) Integridad moral y dignidad

La propia Constitución hace distinciones entre el derecho a la dignidad de la persona humana y el derecho a la integridad moral ocupando cada uno un artículo diferente. En el caso de la dignidad es el art. 10 CE⁷⁵⁸, siendo el art. 15 CE⁷⁵⁹ el correspondiente a la integridad moral. Así nos hacemos eco del estudio que GARCÍA ARÁN realiza, asegurando que “la integridad moral es un derecho fundamental derivado de la dignidad humana cuya protección no puede resultar indiferente al Derecho penal so pretexto de su concreción⁷⁶⁰”, por lo que, de *facto*, son distintos. La dignidad es un valor informador de todo el ordenamiento jurídico y, consiste en <el respeto debido a toda persona, por encima de sus circunstancias propias, y que prohíbe cualquier tratamiento que pueda suponer un menoscabo en el ejercicio de sus derechos fundamentales>⁷⁶¹. Es un valor más general del que se desprende la integridad moral considerada como “el derecho a no ser sometido a trato cruel o de contenido vejatorio o humillante, como sucede con los sujetos pasivos del delito estudiado⁷⁶²”.

⁷⁵⁷ **Art. 173 CP 1995**, Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”: “*El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”.

⁷⁵⁸ **Art. 10.1 CE**: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁷⁵⁹ **Art. 15 CE**: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

⁷⁶⁰ GARCÍA ARÁN, M.; “La protección penal de la integridad moral” en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. y HIGUERA GUIMERÁ, J. F. en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 1257

⁷⁶¹ DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.; *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid, 1993, p. 25

⁷⁶² CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, p. 16

Siendo así, en el bien jurídico propio de los malos tratos se reflejaría un plus de antijuricidad que no está implícito en la consideración de la salud, estimando la integridad moral de las personas como bien jurídico autónomo y diferenciado de la dignidad, siendo la integridad moral un aspecto más concreto que la dignidad⁷⁶³. Por su lado, MUÑOZ SÁNCHEZ sostiene que “el contenido de la integridad moral es el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios, o envilecedores⁷⁶⁴” quien además resalta las relaciones internas que se establecen entre lo tipos que configuran el epígrafe del Título VII en base a los criterios de gravedad del atentado a la integridad moral, finalidad perseguida y cualidad del sujeto activo, por lo que: *a)* el art. 173.1 se corresponde con el atentado grave a la integridad moral cometido por particulares. A lo que nosotros añadimos el 173.2 relativo a los atentados cometidos por particulares que pertenecen al ámbito doméstico; *b)* el 174.1 con el atentado grave o no grave a la integridad moral cometido por autoridad o funcionario público con el fin de obtener una confesión, etc.; *c)* el atentado del 174. 2 referido al 174.1 pero cuando es cometido por autoridad o funcionario público de instituciones penitenciarias o de centros de menores.; *d)* otros atentados contra la integridad moral distintos a la tortura recogidos en el art. 175 cometidos por autoridad o funcionario público⁷⁶⁵.

En resumen, la integridad moral aparte de ser como hemos visto, un derecho de índole constitucional (art. 15 CE), dota de la protección necesaria a las personas cuando existen relaciones de dependencia emocional entre ellas. Para PÉREZ MACHÍO la persona se configura como una realidad dual (cuerpo y espíritu) y por tanto diferencia entre la inviolabilidad del cuerpo, relativa a la integridad física y la del espíritu, relativo a la integridad moral⁷⁶⁶, por ello la inviolabilidad del espíritu está “relacionada directamente con la causación de comportamientos tendentes a humillar y a envilecer,

⁷⁶³ CASTELLÓ NICAS, N.; “Problemática sobre la concreción del bien jurídico” en MORILLAS CUEVA, L. (Coord); *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, p. 70-72

⁷⁶⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 24

⁷⁶⁵ Ídem., p. 27-28.

⁷⁶⁶ PÉREZ MACHÍO, A. I.; “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”, en *Revista de Ciencia penal y Criminología*, núm. 6, 2004, p. 34

atribuye a este derecho un contenido propio, ajenos a los derechos a la libertad y a la integridad física, en sus dos vertientes física y psíquica, consagrándolo como derecho autónomo e independiente en el que se manifiesta uno de los aspectos esenciales de la dignidad humana⁷⁶⁷.

B) Las relaciones entre la integridad moral y el honor

Podemos partir de la premisa de que el contenido de la integridad moral como derecho fundamental resulta demasiado amplio en el ámbito del Derecho penal, por lo que interesa a estos efectos su delimitación ya no como derecho fundamental sino como bien jurídico autónomo y diferenciado de otros bienes jurídicos próximos a él, como el honor ya recogido en otros tipos penales. Ambos valores, tanto el honor como la integridad moral mantienen una relación muy estrecha con el concepto de dignidad de la persona. El honor, siguiendo a BERDUGO tiene un doble componente, esto es, uno estático y otro variable⁷⁶⁸.

El primero de estos componentes se corresponde con la dignidad y no varía en cada momento histórico⁷⁶⁹, y el segundo tiene más que ver con la participación de esa persona en la sociedad, por eso es variable, porque “van a influir los valores cambiantes que tengan vigencia dentro de una comunidad⁷⁷⁰”. Por tanto, si lo comparamos con la integridad moral; podemos decir que respecto del elemento estático, la integridad moral sería un paso previo al honor que no atiende al papel social, sólo es el derecho que le corresponde a cada persona⁷⁷¹. Y la gran diferencia entre estos valores vendría dada

⁷⁶⁷ PÉREZ MACHÍO, A. I.; “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”, en *Revista de Ciencia penal y Criminología*, núm. 6, 2004, p. 35.

⁷⁶⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, BERGALLI, R.; BUSTOS, J.; (Directores y compiladores), en *El Poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Ediciones depalma, Buenos Aires, 1985, p. 261-262.

⁷⁶⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, BERGALLI, R.; BUSTOS, J.; (Directores y compiladores), en *El Poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Ediciones depalma, Buenos Aires, 1985, p. 261

⁷⁷⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, BERGALLI, R.; BUSTOS, J.; (Directores y compiladores), en *El Poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Ediciones depalma, Buenos Aires, 1985, p. 262.

⁷⁷¹ DÍAZ PITA, M. M.; “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en *Estudios penales y criminológicos, XX*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 88-89.

respecto del aspecto dinámico o variable, ya que la integridad moral no cambia en función del papel que juegue esa persona en la realidad⁷⁷² y sin embargo como vimos sí ocurre con el honor. Y por último resaltamos otra de las diferencias importantes, y es que cuando se impone una sanción penal se afecta al honor de una persona que es condenada a prisión por ejemplo, en base al efecto estigmatizante de la misma, sin embargo ese menoscabo no se produce en la integridad moral⁷⁷³. Además de ese análisis comparado de los bienes jurídicos acabados de citar, debemos añadir que el elemento sustancial que dota de especial autonomía la integridad moral como bien jurídico es el sentimiento de humillación o vejación, propio de estos delitos y que no concurre en el resto de bienes jurídicos⁷⁷⁴.

C) Interés diferenciado de la salud o integridad psíquica

Aquí llegamos al punto más importante, ya que en nuestra opinión ambos bienes jurídicos podrán ser los contemplados por los malos tratos cuasi-familiares. Se pueden establecer claras diferencias con respecto a la salud psíquica o mental que sería el valor propio de los delitos de lesiones que son capaces de provocar enfermedades mentales, sin embargo la integridad moral se refiere a la dimensión espiritual y valorativa de las personas que se menoscaba cuando es tratada como una cosa⁷⁷⁵. Por eso hay autores que admiten que el resultado del valor de la integridad moral es la suma de la dignidad y la libertad personales, propio del art. 173.1 CP⁷⁷⁶, pero más propio del art. 173.2 sería la dignidad como valor primordial aunque también la salud, sobre todo psíquica de la persona⁷⁷⁷.

⁷⁷² DÍAZ PITA, M. M.; “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en *Estudios penales y criminológicos*, XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 89

⁷⁷³ Ídem., p. 90-91.

⁷⁷⁴ Ídem., p. 85

⁷⁷⁵ OLMEDO CARDENETE, M.; “Artículo 153” en COBO DEL ROSAL, M.; *Comentarios al Código Penal*, Tomo V, Edersa, 1999, p. 460.

⁷⁷⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATA LLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. p. 53

Según se desprende de la Jurisprudencia del TEDH un trato inhumano y degradante, “debe ocasionar al interesado ante los demás o ante sí mismo una humillación y un envilecimiento que alcance un número de gravedad⁷⁷⁸”. En nuestro país, ya desde 1990 en la Jurisprudencia del TC se recoge esa doctrina emanada de las sentencias del TEDH en las que se precisa de manera clara las distinciones conceptuales y de fondo que hay entre tortura y tratos inhumanos y degradantes que son recogidos en el art. 15 CE, es decir, detrás de los dos conceptos se esconde el de integridad moral, pero en diferentes estadios de afectación. Concretamente en las STC 120/1990 de 27 de junio y STC 215/1994 de 14 de julio, se establece que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes “son en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente”. Concretamente nuestro TC establece que “para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes, es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condenas⁷⁷⁹”.

Dentro de la misma rúbrica, no podemos dejar de lado que lo que diferencia a las conductas del art. 173.2 CP del resto de los comportamientos que comparten el título VII es que no es igual la agresión que proviene de un desconocido, que la agresión que viene de un padre, un marido, un cuidador, etc, como ya indicamos en la teoría de la agresión a la mujer, de síntomas similares al síndrome de estrés postraumático, reduciendo la personalidad de la mujer hasta su cosificación. Junto a los síndromes que describía LORENTE ACOSTA de agresión a la mujer (SAM) y al de maltrato a la mujer (SINAM), el más conocido es el síndrome de la mujer maltratada (SIMUN)⁷⁸⁰, de

⁷⁷⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATA LLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 54.

⁷⁷⁸ STEDH Caso Campbell y Corsans de 25 de febrero de 1982.

⁷⁷⁹ Tribunal Constitucional (Pleno), STC 137/1990 de 19 de julio concretamente consultar su Fundamento Jurídico núm. 7

⁷⁸⁰ Consultar Capítulo I, IV, 2

los que mencionamos en la última parte del capítulo I de este trabajo, añadimos que el trastorno de estrés postraumático, aun siendo la categoría de diagnóstico que mejor define el síndrome de las mujeres maltratadas, las mujeres que son sometidas a este tipo de violencia pueden desarrollar otros cuadros clínicos como ansiedad, depresión, alcoholismo, etc.⁷⁸¹.

Por tanto podría argumentarse que la principal diferencia entre un bien jurídico y otro es que en la integridad moral, además se trataría de humillar a la persona. Como más adelante veremos, esta opción de distinguir el bien jurídico de las violencias habituales del típico de las lesiones “resuelve algún problema práctico de no desdeñable importancia⁷⁸²” en sede de concursos. Concretamente nos referimos a los problemas suscitados entre el tipo de violencias habituales y los concretos actos de violencia en que esa habitualidad se concreta, evitando caer en el controvertido *ne bis in idem*.

Para concluir algunas ideas respecto de la idea de autonomía de este bien jurídico, GIMBERNAT diferencia dos tipos de conductas de malos tratos; en primer lugar estarían aquellos malos tratos que sólo afectan a la integridad física y en segundo lugar, aquellos en los que además “se humilla y envilece a la víctima⁷⁸³ cuyo valor protegido es la integridad moral”. En realidad nos parece que a partir de 2003 es lo que ha reflejado el legislador en el código penal al introducir los malos tratos ocasionales, parece tener cabida la idea de GIMBERNAT en el actual código penal, siendo las primeras conductas las recogidas en el art. 153 y las segundas, en las que además se humilla, en el 173.2 CP. Pero con carácter general podemos afirmar que el interés objeto de protección ha cambiado desde sus comienzos regulativos hasta nuestros días, al menos de *lege data*, comenzando por su ubicación sistemática tornando del menoscabo de la salud a la integridad moral. En realidad, si no llegasen a cumplirse todos los requisitos del art. 173.2 CP entonces estaríamos ante la conducta tipificada en el art. 153.2 CP ubicado en la rúbrica de las lesiones.

⁷⁸¹ JMÉNEZ DÍAZ, M. J.; “Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable”, en MORILLA CUEVA, L.; (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 2002, p. 296.

⁷⁸² DEL ROSAL BLASCO, B.; “La Política Criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 337

⁷⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Prólogo a la Décima Edición del Código Penal*, Tecnos, P. 19

El dato que más puede confundir es que las conductas de maltrato convertidas en delito resultaron una novedosa visión dentro de los delitos de lesiones, pues tradicionalmente se había exigido un tiempo mínimo de recuperación y tratamiento facultativo⁷⁸⁴, es decir, en este caso no se exigen tales requisitos y eso es por lo que muchos piensan que toma más relevancia la humillación continuada que genera un clima de violencia que acaba por ser el medio más habitual de comunicación con los miembros de la familia. Sin embargo ese clima de violencia lo que produce es un peligro para la salud física y psíquica de las personas, por lo que el delito de maltrato habitual no cuadra mal en la rúbrica relativa a las lesiones.

Por eso en realidad, pese a la presión doctrinal y jurisprudencial, el delito de malos tratos no debía haber abandonado la rúbrica de las lesiones⁷⁸⁵, ya que aunque haya sido significativa la entrada de las violencias psíquicas no influye para que el bien jurídico pudiera ser la integridad física o psíquica de la persona. Tampoco como veremos la cláusula concursal ni la definición de habitualidad. Por tanto, consideramos el más oportuno aquel que se relaciona con la salud física y psíquica de la persona, ahora comprobaremos si hace falta un resultado o basta con apreciar el peligro derivado del clima de violencia ya analizado.

El objeto material del delito es el cuerpo humano, en este caso, el cuerpo de cualquiera de los sujetos narrados en el art. 173.2 CP si tomamos a cada miembro familiar en particular, y éste coincide así estimemos la integridad física o psíquica y la moral. Aunque también hay quienes considerarían que el objeto en este sentido es la familia, cuando afirman que el bien jurídico es la paz familiar. Y ello nos resulta una afirmación “riesgosa” en el sentido de que pueda llegar a confundirse con el bien jurídico. Como objeto material afectado en concreto por la violencia psíquica puede establecerse la psiquis de la víctima o del sujeto pasivo, pues no olvidemos que algunos

⁷⁸⁴ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico” en *Revista Penal*, núm. 5, Julio de 2000, p. 15 en donde se establece que la reforma de LO 3/1989 supone un cambio sustancial en los malos tratos familiares pero también el ámbito de las lesiones en general debido a “la introducción por vez primera de un concepto legal de lesión, formulado no en función del tiempo de curación requerido por la misma, tal y como había venido siendo regulada con anterioridad, sino atendiendo a los medios utilizados e incorporando una cláusula genérica de formas comitivas más respetuosa con el principio de legalidad”.

⁷⁸⁵ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley integral”, en *Revista penal*, núm. 18, Julio 2006, p. 183.

hablan de sujeto pasivo solidario⁷⁸⁶ en este injusto al poder afectar de manera indirecta las violencias a otras personas del ámbito familiar provocadas por ese estado de terror característico de este tipo de violencias.

D) El tipo atendiendo al bien jurídico: ¿un delito de peligro o de lesión?

Los tipos penales clasificados en base al bien jurídico protegido pueden ser de peligro o de lesión. Resumiendo las posturas más importantes aparecidas a lo largo de estos años, destacamos a DOMÍNGUEZ IZQUIERDO que diferencia algunas posturas que arrancan de una base común; aquella que parte del reconocimiento de que el bien jurídico no se diferencia cualitativamente del de las acciones violentas que configuran el tipo (la habitualidad) y sobre las que construye tres opciones distintas; *a)* estimar el delito de malos tratos como delito de peligro abstracto para el bien jurídico salud física y psíquica como un efectivo adelantamiento de la barrera de punición, *b)* como reiteración de pequeños atentados a ese bien jurídico entendido en sentido amplio, esto es, ante una sucesión de faltas de maltrato a las que habría que unir las del art. 620.2 CP y, por último *c)* la opción por la que simplemente se castigasen los actos violentos efectivamente realizados que van a encontrar una mayor sanción por el hecho de producirse entre determinados sujetos y de forma habitual⁷⁸⁷, y añadimos a esta última opción que es así por el riesgo cercano que genera.

Pero como vimos cuando analizamos la configuración típica de habitualidad, los delitos (y faltas) que pueden entrar a formar parte de la misma están situados en diferentes rúbricas del código penal, motivo por el que el análisis anterior deberá completarse con la opción que parte de la estimación de delitos que protegen bienes jurídicos diversos; ya sea el propio de las amenazas, o de las coacciones, o de los menoscabos psíquicos o lesiones no definidas como delitos en el código penal. Es por ello que lo que realmente importa es el clima de violencia que puede producirse a través del ejercicio de un variado tipo de acciones que cabrían dentro de la habitualidad.

⁷⁸⁶ DOLZ LAGO, M. J.; “Violencia doméstica habitual: mitos y realidades”, en *La Ley*, Año XXI, diario núm. 5047, de 5 de mayo de 2000, p. 3.

⁷⁸⁷ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.; “Cuestiones concursales en el artículo 153 del código penal”, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002. p. 325-326.

Por lo pronto, descartamos la opción del sector doctrinal que veía en el delito de malos tratos un delito de peligro abstracto para la integridad física o psíquica de la víctima y que alegraría por tanto la no necesidad de un resultado⁷⁸⁸, porque tras la reforma de 2003 es importante no confundir el ejercicio de violencia física o psíquica con la lesión física o psíquica⁷⁸⁹. A esto último argumento añade CORCOY BIDASOLO una especial mención a la habitualidad, que es el elemento del que extrae unas conclusiones basadas en la experiencia clínica, no tanto sólo en el mero juicio de idoneidad de la misma para provocar un desequilibrio psíquico grave o emocional, sino advirtiendo que dicha habitualidad no sólo supone un “riesgo de desequilibrio, sino que efectivamente éste se produce, por lo que estaríamos ante delitos de lesiones psíquicas⁷⁹⁰”.

Como vimos también en el debate doctrinal acerca de cuál sea el bien jurídico que el legislador haya querido resaltar el delito de violencia física y psíquica habitual en el ámbito doméstico, nos adheríamos a aquella corriente que considera el peligro concreto para la integridad o salud física y psíquica el motivo por el que merecen protección estas conductas pero no sin desestimar tampoco la opinión de otro sector de la doctrina encabezado por LAURENZO que a partir de 2003 aún de alguna manera las dos corrientes; la de la efectiva lesión de la integridad moral pero sin desestimar el peligro para la integridad física pues, “pese a las variaciones sistemáticas, el atentado contra la integridad moral, implícito sin duda en las conductas de maltrato habitual, no es el dato decisivo para justificar un delito específico de violencia doméstica...”, y añade que “la auténtica gravedad de estas conductas reside en el riesgo cierto y directo para la vida y la integridad física y psíquica de las víctimas derivado del clima permanente de

⁷⁸⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, P. y DEL CARPIO DELGADO, J.; El delito de malos tratos en el ámbito familiar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 41.

⁷⁸⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 45 y 54. El mismo autor en “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): Propuestas de interpretación”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 253 nota al pie 32

⁷⁹⁰ CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género” en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. (Directores) y GÓMEZ MARTÍN, V. (Coord.); en *Nuevas tendencias en Política Criminal: una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, 2006, p. 148

violencia propio de la habitualidad⁷⁹¹”. De la misma opinión es MAQUEDA ABREU centrándose en el dato que político criminalmente da validez al por qué de la existencia de este delito, y se basa en el peligro posible dentro de ese clima de violencia⁷⁹². Respecto a esa idea de mayor riesgo hace referencia DOMÍNGUEZ IZQUIERDO pues “si lo que se castiga es la creación de un clima de violencia permanente o sostenida, estaremos aludiendo a que los episodios de violencia están latentes en todo momento por lo cual, si la habitualidad es algo más que la suma de actos aislados, ese mayor contenido de injusto que justifica la sanción se halla precisamente en esa violencia latente que no significa otra cosa que peligro para la salud e integridad personales⁷⁹³”. Ese es el riesgo del que viene haciendo alarde el legislador desde que en la Orden de protección se hablaba de situaciones objetivas de riesgo y que justifica la tipificación autónoma del delito. Sin embargo ARROYO ZAPATERO establece que en este caso, ese mayor riesgo está implícito en el bien jurídico integridad moral, pues “lo más grave en ello no es tanto la lesión misma como la permanente exposición al peligro de repetida lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y a la humillación, que es la esencia del atentado a la integridad moral⁷⁹⁴”.

Resaltar ese riesgo que se desprende del ejercicio habitual de violencia que se constituye a raíz de la consagración de un clima de violencia en el ámbito familiar, pero

⁷⁹¹ LAURENZO COPELLO, P.; “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., *SERTA In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 832.

⁷⁹² MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; (Coords.), *Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1526 para quien las penas elevadas se justifican “en el peligro posible, acaso probable de que bajo ese clima de violencia continuada que describe la situación típica, se incrementa, de modo relevante, el daño para la salud física o psíquica de las personas que sufren el maltrato y que permanecen bajo la esfera de dominio del agresor”, de ese modo “a la lesión reiterada y, por tanto, cuantitativamente mayor del bien jurídico, se sumaría una amenaza relevante, cualitativamente distinta y más grave para la integridad”. En el mismo sentido del peligro abstracto GRACIA MARTIN, L.; *Comentarios al código penal. parte especial I, Títulos I a IV y faltas correspondientes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.428 en la que el autor concreta que “este peligro típico en un sentido fenomenológico, se define por la probabilidad de que la reiteración de tales agresiones, es decir, el maltrato crónico, provoquen en las víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional”.

⁷⁹³ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.; “Cuestiones concursales en el artículo 153 del código penal”, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, p. 330.

⁷⁹⁴ ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F. (Director), *Estudios actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Mar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 723.

alertamos desde aquí del peligro intrínseco de estas afirmaciones, pues mientras más golpeo o amenaza, o coacciono a una persona más riesgo de menoscabar o acabar lesionando su salud existe, pero esa lesión no puede ser ésta una presunción *iures et de iure*, sino al menos *iuris tantum*, teniendo que recurrir a la comprobación del caso concreto por difícil que resulte en un proceso para los peritos y pare el juez la valoración de las pruebas de la efectiva lesión, pero el peligro obviamente existe.

E) Toma de postura

A modo de cierre, de todas las opciones expuestas anteriormente, pueden diferenciarse sobre todo dos posturas: En primer lugar, aquellos que opinan que el delito de violencias físicas habituales protege el mismo bien jurídico de las lesiones y se constituye como un delito de peligro en torno a la salud o integridad física o personal, incluso para la vida.

En segundo lugar, quienes consideran que el actual delito tipificado en el art. 173.2 CP va más allá de la integridad física y supone un delito de resultado para bienes la integridad moral por lo que el delito estuvo mal ubicado hasta la reforma acaecida por LO 11/ 2003, momento en el que las violencias físicas y psíquicas habituales abandonan la rúbrica de las lesiones y se forja en la de los delitos contra la integridad moral.

En resumen y según los argumentos dados hasta ahora en la búsqueda del bien jurídico protegido y sobre si éste se lesiona con el mero ejercicio de violencia física o psíquica o si por el contrario hace falta un resultado de lesión o de peligro para el mismo, constatamos que lo que efectivamente es físico o psíquico es el resultado y no el ejercicio de violencia⁷⁹⁵. Pero resultado que no tiene que ser una lesión efectiva, sino que es el peligro concreto generado para el bien jurídico al que da sentido la habitualidad. Por eso, teniendo presente la diversidad de perspectivas desde las que se puede enfocar la búsqueda de este bien jurídico, consideramos lo más afortunado

⁷⁹⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 45 y 54. El mismo autor en “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): Propuestas de interpretación”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 253 nota al pie 32

argumentar que desde el inicio de la tipificación de este especial injusto ya se apuntaban diferencias respecto al bien jurídico genérico de las lesiones, pero los elementos que lo acompañan han hecho resaltar el mismo bien jurídico desde otro ámbito; es decir, no hace falta la lesión, ni la asistencia facultativa, ni el tratamiento médico o quirúrgico pero sí un clima de violencia que lo pone en peligro. No desestimamos la humillación que pueda conllevar tales actos y es por eso que el ejercicio habitual de violencia puede llegar a causar, según los expertos, el síndrome de estrés postraumático.

Nos hemos visto obligados de alguna manera a analizar la integridad moral como valor diferenciado y protagonista de la violencia habitual porque así lo viene reflejando el legislador, pero una cosa es el análisis positivista que debe hacerse en aras a respetar la legalidad, y otro su análisis crítico y de *lege ferenda*, es por ese motivo que nos vemos obligados a admitir que en realidad este tipo de la violencia habitual nunca debió abandonar la rúbrica de las lesiones⁷⁹⁶, ya que lo que realmente se intenta proteger es la integridad física y psíquica de la persona que es sometida habitualmente al ejercicio de violencia en el marco de alguna relación de dependencia material. Por eso en realidad lo que se protege es el peligro cierto y directo⁷⁹⁷ que genera esa actitud en la salud o en la vida de la persona que lo padece.

2.2. Supuestos agravados.

La LO 11/2003 de 29 de Septiembre, de *Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, trajo consigo la regulación de determinados tipos agravados, por la que a día de hoy, según el párrafo segundo del art. 173.2 CP, *se impondrán las penas en su mitad superior cuando:*

- *alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores,*
- *o utilizando armas,*
- *o tengan lugar en el domicilio común o en domicilio de la víctima,*

⁷⁹⁶ MAQUEDA ABREU “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la la Ley Integral”, en *Revista Penal*, núm. 18, Julio 2006, p. 183.

⁷⁹⁷ LAURENZO COPELLO, P.; “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., *SERTA In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 832.

- o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”.

Estas agravaciones se repiten, tras la LO 1/2004 de 28 de Diciembre de *Medidas de protección integral contra la violencia de género*, en todos los delitos relativos a la misma, es decir, no sólo en el art. 173.2 actual objeto de estudio, sino que también se establece de manera expresa en los delitos contemplados en los art. 153.3, 171. 4 y 5 y 172.2 CP que serán objeto de análisis en el capítulo siguiente.

2.2.1. Cuando los actos se perpetren en presencia de menores

La minoría de edad puede completarse desde el punto de vista civil, en cuyo caso habría que acudir a lo dispuesto por el art. 315 CC que establece que “la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos”. También podemos encontrar la respuesta en el propio código penal si tomamos como referencia el art. 148.3 CP relativo a las lesiones en las que la “víctima fuere menor de doce años o incapaz”. Esta segunda opción es la que toma de referencia OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS quien estima más pertinente, en aras a establecer la minoría de edad, recurrir a una interpretación intrasistemática del código penal, por lo que acude al mencionado precepto ubicado en las lesiones al aceptar que la afeción que se produce en este caso lo es respecto al mismo bien jurídico⁷⁹⁸. Además, en segundo lugar no está tan claro que esas violencias puedan equipararse porque el apartado 3 del art. 148 se refiere al caso de que el menor sea objeto directo de la violencia, es decir, víctima, y sin embargo la agravante específica que aquí tratamos va referida al menor que no tiene por qué recibir la violencia directamente sino que presencia por ejemplo, los malos tratos que el padre propina a su madre. No encontramos sentido a aplicar la agravante cuando el menor que presencia esa violencia tenga 12 años, y dejar de aplicarla cuando tenga catorce, por lo que se aplicará siempre y cuando ese menor los sea de dieciocho años.

Por otro lado resulta curioso que se emplee el término “menores” en plural, porque en realidad “ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se

⁷⁹⁸ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.; *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir in bis in idem*, Civitas, Madrid, 2007, p. 43-44

despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presenciaren⁷⁹⁹”. Es necesario además que en la persona del menor concurra esa especial vinculación exigida en los sujetos del art. 173.2, no entrando dentro de tal agravación menores que en nada se relacionen con los sujetos activo y pasivo. Estos requisitos que justifican la creación de esta agravante específica son importantes si resaltamos aquellas posturas que destacaban los datos que avalaban la teoría de la violencia aprendida, por la que niños que presenciaren este tipo de actos en el hogar estarían llamados a ser en la edad adulta futuros agresores. No entra a aplicarse tal agravación cuando el menor es víctima directa del agresor, es decir, es receptor en primera persona de esa violencia, ya que éste es un acto enjuiciable separadamente en aras a la habitualidad. Por ello no tendría sentido tal agravación si de lo que se trata es de hacer hincapié en un bien jurídico individual, porque aunque no haya sido estimado así en la práctica judicial hemos comprobado que no tiene cabida en este caso la protección de la paz familiar. Es decir, debe abarcar a menores que se relacionen materialmente con el sujeto activo y debe producirse su lesión, si no hay lesión individual no podría apreciarse, pues recordemos que el bien jurídico no es colectivo⁸⁰⁰.

2.2.2. Cuando los actos se lleven a cabo usando armas

En este caso la agravación específica se justificaría por el mayor desvalor de la acción en la que está implícita una mayor peligrosidad en la realización de la conducta a través de los medios empleados. Según se desprende de la Jurisprudencia, podemos entender por armas o instrumentos peligrosos una navaja o un cuchillo, pues en cualquier caso “son armas blancas, o al menos instrumentos peligrosos aptos e idóneos para amedrentar o atemorizar, inspirando un temor racional y fundado a sufrir un mal inminente y grave⁸⁰¹”. También puede considerarse instrumento peligroso una empuñadura metálica conocida como puño americano⁸⁰².

⁷⁹⁹ Circular 4/2003 de la FGE, de 30 de Diciembre sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

⁸⁰⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): Propuestas de interpretación, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Coords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 258.

⁸⁰¹ STS (Sala de lo penal) de 12 de noviembre de 1990, RJ 1990/8878, FJ. 2

Además, estos tipos agravados pueden entrar en concurso con otras figuras delictivas, así para RODRÍGUEZ RAMOS “si concurre el subtipo agravado de agresión con armas o en domicilio de la víctima, cabe apreciar un concurso con el delito de tenencia ilícita de armas o de allanamiento de morada, si se carece de la correspondiente licencia de armas o la entrada en la vivienda se hizo contra la voluntad del morador. En el caso de la tendencia ilícita dado su carácter de delito de tracto continuado que no requiere de la utilización del arma para su consumación. En el del allanamiento ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantado se le añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior (Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado)⁸⁰³”.

2.2.3. Cuando los actos se perpetren en el domicilio común o en el domicilio de la víctima

Pongamos de manifiesto que este tipo de maltrato se da en parejas que ya han iniciado una convivencia, por lo que por regla general comparten domicilio (domicilio común). Cuando definimos en un epígrafe anterior el concepto de violencia familiar y doméstica, pusimos de manifiesto las diferencias conceptuales entre ambas, percatándonos de que en la propia definición de violencia doméstica, la más utilizada, se incluye la violencia que acontece en el domicilio con personas con las que se mantiene una relación familiar (*quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él conviven o que se encuentren sometidos a la potestad...*), por lo que esta agravación podría constituirse como una repetición de lo ya establecido implícitamente en el tipo, que ya de por sí se basa en el ámbito en el que ocurren las violencias. Como ya dejáramos mencionado en el análisis del bien jurídico protegido el objeto jurídico de protección típico no es la paz familiar y una vez más así lo demuestra

⁸⁰² SAP Tarragona 335/2006 de 28 de julio, tienen la consideración de armas “tanto las armas de fuego como las armas blancas, entre las que se encuentran los cuchillos, navajas, puñales (excluyendo solo las que sean de miniatura), fijando como criterio común a todas ellas el aumento de capacidad lesiva del agente y el peligro de mayor gravedad del daño sufrido por la víctima”.

⁸⁰³ RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord). *Código Penal. concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 2007, P.423

el propio legislador cuando prevé una agravación en caso de que los actos violentos se lleven a cabo dentro del ámbito familiar; sin embargo ese desvalor ya ha sido tomado en consideración para elevar las faltas de maltrato a delito, por tanto “lo que ha pretendido respaldar esa metamorfosis no debiera ser tenido en cuenta, además, a efectos agravatorios⁸⁰⁴”.

En cuanto al domicilio de la víctima, estaríamos refiriéndonos a los casos en los que las personas, en este caso sobre todo las que son parejas, todavía no hayan iniciado una vida en común, o por el contrario, al momento en el cual ya ha cesado la misma (recordemos que suele ser un momento de riesgo para el ejercicio de violencia). En cualquier caso estimamos que de alguna manera esos dos espacios ya están también implícitos en el injusto valorado por el párrafo primero del art. 173.2 CP. En caso de incurrir el agresor en allanamiento de morada porque ya no convivan juntos y de que se produzcan las agresiones en el domicilio de la víctima, podríamos estimar un concurso real de delitos entre el allanamiento de morada y la agresión, llegándose incluso al efecto legislativo contrario, al estar menos penado este hecho cuando concurra esta agravante específica que la estimación en concurso de delitos del art. 173.2 (sin agravar) con el allanamiento de morada⁸⁰⁵.

El problema es ver cuándo puede aplicarse el delito de allanamiento de morada, así otra parte de la doctrina rechaza la posibilidad de castigar a la pareja por el delito de allanamiento de morada del art. 202 CP “si el domicilio sigue siendo común o de propiedad del agresor, porque la conducta típica requiere que se entre en morada <ajena>. No basta, pues, para castigar por allanamiento con entrar en el domicilio de la

⁸⁰⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 260

⁸⁰⁵ Para más información CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 260.

víctima sin el consentimiento de ésta⁸⁰⁶”, es por eso que para esta opción doctrinal tendría sentido tal agravante porque no podría aplicarse el delito de allanamiento.

Además de todo lo anterior, afirmamos que la redacción es confusa porque no es fácil desentrañar qué se entiende por domicilio común y de la víctima, si acaso vale sólo la habitual o también una segunda residencia, por ejemplo⁸⁰⁷. También habría que resaltar que muchas veces la pareja comparte el domicilio aunque haya por medio una orden de alejamiento interpuesta entre los dos, por tanto, es importante analizar y extraer las posibles consecuencias que derivarían en el caso que la víctima ceda sus llaves a la policía para que puedan entrar en caso de alarma. En principio no sería allanamiento de morada que la policía entre en el domicilio sin autorización judicial porque cuenta con el consentimiento de la víctima, ¿pero si la comparte con el agresor y este no está de acuerdo? “el consentimiento excluye la responsabilidad siempre que se trate de un bien renunciable como es el caso de la intimidad⁸⁰⁸” pero recordemos que hay consentimiento de uno de los propietarios pero no del otro.

Respecto del valor del consentimiento de la víctima también se ha pronunciado la Jurisprudencia⁸⁰⁹ y se ha manifestado de la siguiente manera; respecto del caso en que el acusado amenaza con un arma a su esposa y éste denuncia que el registro de la casa para encontrar y decomisar el arma se hizo sin que él estuviere presente, estando tan solo la mujer y el hijo; La Audiencia Provincial que acepta el recurso establece respecto de la vulneración del art. 18.2 CE⁸¹⁰ que *la diligencia se practicó con la presencia de la esposa y del hijo del acusado, los que estaban en la vivienda –morada de todos ellos– debiendo señalarse al respecto que el “interesado” cuya presencia en el registro exige*

⁸⁰⁶ GÓMEZ NAVAJAS, J.; “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal” en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 11, Aranzadi, 2004, p. 52.

⁸⁰⁷ CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género” en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V.; (Coords.), en *Nuevas tendencias en Política Criminal. Una auditoría al código penal de 1995*, Argentina, 2006, p. 161.

⁸⁰⁸ VER DURÁN FERRER, M.; “Cuestiones jurídicas que plantea la protección de las víctimas de violencia de género a través de las nuevas tecnologías”, Themis, Mayo, 2003 Asociación de Juristas Themis, Mayo, 2003, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/cuestionesjuridicas.htm>

⁸⁰⁹ Nos referimos a la STC 22/2003 de 10 de febrero.

⁸¹⁰ art. 18.2 CE: *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en el caso de flagrante delito.*

el artículo 569 LECr no es necesariamente la persona imputada, sino el titular del domicilio registrado, cuyo interés afectado es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria que se sacrifica con tal diligencia... . Por ello entiende que la diligencia se hizo sin infracción del art. 569 LECrim, «al contar con la presencia de la esposa del recurrente, siendo como era titular, en igualdad con éste, de la morada común», cumpliéndose la exigencia de presencia del interesado. Este caso llega en recurso de amparo hasta el TC y en cuyo FJ.6 establece que los órganos judiciales entendieron que era suficiente la presencia y autorización de la esposa, titular del domicilio registrado junto con el recurrente, realizando así una interpretación de la legalidad según la cual el interesado cuya presencia en el registro exige el art. 569 LECr es el titular del domicilio registrado, aunque no sea el imputado (o uno de los imputados) en las actividades presuntamente delictivas de las que trae causa la intervención policial. Esa interpretación es acorde con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que ha venido entendiendo que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado o imputado legitima el registro domiciliario, por más que, con posterioridad a la resolución aquí enjuiciada, se haya producido alguna resolución discrepante⁸¹¹, y que por tanto finalmente declara que ha sido vulnerado el derecho del delincuente a la inviolabilidad del domicilio, porque si ese consentimiento de uno de los convivientes respecto del art. 18 CE es válido en una situación de convivencia normal (FJ. 7), “del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hayan del lado de las partes acusadoras, pues si así fuese, no habría en realidad, garantía alguna, máxime casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges el registro tuvo lugar en la habitación del marido”. De ahí que el registro practicado sin autorización judicial con el solo consentimiento de la mujer vulneró el derecho a la inviolabilidad domiciliaria del recurrente (FJ. 9).

También dentro de la expresión <domicilio de la víctima>, se incluye a los centros de menores o ancianos, públicos o privados.

⁸¹¹ STC 22/2003 de 10 de febrero, FJ. 5

2.2.4. Cuando se realicen quebrantando una de las penas contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad o de prohibición de la misma naturaleza.

En lo relativo a las penas impuestas en este delito, el art. 57.2 CP hace referencia a la obligación de los Jueces y Tribunales de establecer obligatoriamente el alejamiento del agresor, pese a la no anuencia de la víctima (con la medida). De ahí que sea fácil llegar al quebrantamiento de la misma por cualquiera de las partes. De igual manera que en otras de las agravantes, en esta ocasión el contenido específico de esta no difiere demasiado del contenido de las conductas ya tipificadas en el código penal, en este caso del art. 468.2 CP, de la que aunque nos haremos objeto de estudio más adelante. Por lo que para SANZ MULAS el “incremento de injusto no proviene de ninguna particularidad del hecho cometido, sino más bien de un dato externo a la conducta agresiva que afecta a la Administración de Justicia; en concreto, el incumplimiento de un mandato judicial de alejamiento de la víctima⁸¹²”. Podemos ir adelantando que mediante la misma se debe imponer *en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebranten una pena de las contempladas en el art. 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP*. Es por eso que estimamos no necesaria su regulación, pues ya está regulado en otro ilícito penal. Además esta conducta ya es objeto de regulación en el art. 468.2 CP y en el caso de aplicar los dos tipos estaríamos quebrantando el principio de *non bis in idem*. Cuestión sobre la que incidiremos al analizar el art. 468 más adelante. En el caso de la agravante específica las penas previstas lo son en su mitad superior (mitad superior de la pena que va de seis meses a tres años), por tanto sería de un año y nueve meses a tres años, mientras que la pena que se estipula para el 468 es la de seis meses a un año.

Todas estas agravantes específicas también se encuentran reguladas en todos los artículos que nuestro ordenamiento penal reserva a la violencia cuasi-doméstica y de género, por lo que sobre ella se plantea la duda del *non bis in idem*. Cuestión sobre la

⁸¹² SANZ MULAS, N.; *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, en SANZ MULAS, N.; GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.; MARTÍNEZ GALLEGO, E. M.; (Coords.), Iustel, Madrid, 2005, p. 156

que ya se ha pronunciado la Circular 4/2003 de la FGE pero en el caso de las amenazas leves con armas del anterior art. 153 en el cual también se establecía una agravante específica en el sentido de que “en la conducta de amenaza leve con armas del art. 153 no será aplicable el subtipo agravado cuando se fundamente en la utilización de armas, por cuanto, con argumento en el art. 67 CP y en el principio *non bis in idem* (art. 25 CE), dicha circunstancia no puede integrar a su vez el tipo básico y el cualificado”, lo cual es perfectamente extrapolable al caso que ahora tratamos, es decir cuando se de un quebrantamiento por incumplir una de las obligaciones de las recogidas en el art. 48 CP.

2.3. Tipo subjetivo

En principio este delito se configura como doloso siendo imposible su comisión culposa o incluso dolosa eventual. La habitualidad y la especial intensidad subjetiva⁸¹³ exigida, condiciona en este sentido el propio título de imputación haciendo incompatible la comisión dolosa eventual o imprudente del tipo. Además el dolo debe abarcar no sólo el ejercicio de violencia sino también la relación que se tiene con el sujeto pasivo⁸¹⁴.

2.3.1. ¿Hay un especial elemento subjetivo requerido por el tipo?

La expresión “con cualquier fin” que se utilizaba en el art. 425 en principio rechazaba cualquier tipo de justificación de la violencia habitual a un miembro de la familia bajo cualquier fin que esa violencia persiguiese, hasta entonces la más cotidiana era la de alegar el derecho de corrección. Así BERDUGO sostuvo que bajo esa expresión el legislador dejaba claro que “ninguna finalidad podía llegar a hacer conforme a derecho el empleo habitual de violencia física entre las personas allí mencionadas”, para negar igualmente que “el estudio de la culpabilidad pueda llevar a excluir o atenuar la responsabilidad del autor precisamente por la presencia de alguna determinada finalidad en el mismo⁸¹⁵”. Por su parte ARROYO DE LAS HERAS y MUÑOZ CUESTA

⁸¹³ BUSTOS RAMÍREZ, J.; Manual de Derecho penal. Parte Especial. 2ª ed. aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona. 1991, p. 65

⁸¹⁴ CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en Revista Jurídica de Cataluña, núm. 4, 1998, P. 34-35. En el mismo sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Las lesiones” en MUÑOZ CONDE (Coord); La reforma penal de 1989, p. 106

⁸¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Las lesiones” en MUÑOZ CONDE (Coord); *La reforma penal de 1989*, p. 106

calificaban la expresión del 425 como una “fórmula poco feliz” y completaban en este sentido la opinión de BERDUGO argumentando que los casos en los que se llegase a disminuir o excluir la culpabilidad serían casos en los que “atendidos los motivos que el agente tuvo para obrar, no pudiera exigírsele al mismo otra conducta”⁸¹⁶. En definitiva, tal cláusula parecía estar haciendo mención directa al derecho de corrección⁸¹⁷, entendible en los años 80 (casi 90) de los padres sobre los hijos pero de ninguna manera de los hombres respecto de sus mujeres. Vistas las dificultades que planteaba en la doctrina y en el plano jurisprudencial dicha cláusula quedó prescrita tras la aprobación del nuevo Código Penal del 95.

En general, a día de hoy, abolida esta expresión en el tipo objeto de nuestro análisis, afirmamos que este delito es de comisión dolosa. En base a la habitualidad exigida como elemento subjetivo GRACIA MARTIN tiene una opinión clara al respecto, estableciendo que “la habitualidad es una característica personalísima del autor y, su constitución _en cuanto hábito o inclinación a la realización de determinados hechos_ no puede hacerse depender, evidentemente, de los eventuales y fungibles objetos sobre los que aquel proyecte sus actos en momentos determinados”⁸¹⁸. Es algo a lo que ya hicimos mención cuando tratamos la versión subjetiva de la habitualidad. Por el contrario estamos de acuerdo con ARÁNGUEZ SÁNCHEZ en que el delito de violencia doméstica habitual tiene que ser analizado desde su resultado, además con independencia total de cuales fueran los motivos que impulsaren al agresor a llevar a cabo tales conductas pues no se justificaría ni se agravaría la conducta por ningún motivo interno del agresor a la hora de acometer los hechos delictivos⁸¹⁹.

⁸¹⁶ ARROYO DE LAS HERAS, A.; MUÑOZ CUESTA, J.; “Malos tratos habituales en el ámbito familiar” en *Delito de lesiones*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 149.

⁸¹⁷ Según la Circular de la FGE 2/1990 de sobre la aplicación de la Reforma de la LO 3/1989, de actualización del código penal, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núms. 1586-1587, p. 364 esa finalidad plantea dos cuestiones; “la primera es la de que pese a ella y por exigencias del principio de especialidad deben excluirse de su ámbito las conductas cuya finalidad determine la preferente aplicación de otros preceptos, como pueden ser los arts. 429 o 489 bis”, y la segunda es la del derecho de corrección ya mencionada cuyos excesos son antijurídicos y más si como es el caso, se producen con habitualidad.

⁸¹⁸ GRACIA MARTÍN, L.; “Artículo 153” en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, p. 449.

⁸¹⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153.1 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS

De alguna manera LAURENZO COPELLO se anticipa al acontecer legislativo en el tiempo, y desde la reforma de 2003 establece que “lo verdaderamente decisivo y propio de estas relaciones es el sentimiento de posesión y dominio”, actitud que será plasmada más tarde en la reforma de 2004 en el propio articulado de la LO 1/2004 de protección integral contra la violencia de género, concretamente en el art. 1.1 LOMPIVG en donde se afirma que el objeto de la ley no es otro que el de *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 han sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*. Por ello lo importante es atender no tanto a la relación de parentesco entre autor y víctima sino que lo determinante es “la situación material de abuso de una situación de prevalencia o indefensión del ofendido⁸²⁰”, pero no como elemento subjetivo sino como características propias de la conducta. Por eso analizando la situación desde la acepción criminológica de machismo y patriarcado, no significa que en esencia legal pueda afirmarse que el tipo de violencia doméstica habitual exija un “elemento subjetivo del tipo distinto del que requiere cada una de las conductas que lo componen⁸²¹”. Sin embargo GIMBERNAT sostiene que el mensaje implícito detrás del contenido del 173.2 CP es que éste se aplicará sobre todo cuando el sujeto activo sea un hombre y el pasivo una mujer y del ejercicio de estas conductas se presume, o se sobreentiende que cuando esto ocurre el hombre siempre actúa y vulnera la integridad moral de éstas. Y ese mensaje se convierte mediante el art. 1 de la LOMPIVG en explícito⁸²² y que incluso parece no admitir prueba en contrario. Pero también hoy en día hay algunos autores que consideran el tipo penal como un delito de tendencia, es decir, al que le hace falta un requisito imprescindible para poder

BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Dykinson, Madrid, 2005, P.25.

⁸²⁰ TAMARIT i SUMALLA, J. M.; *La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del código penal de 21 de junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990, p. 177. Opinión que sigue también CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, P. 25.

⁸²¹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153.1 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 25

⁸²² GIMBERNAT ORDEIG, E.; *Prólogo a la Décima Edición del Código Penal*, Tecnos, 2004. p. 19.

concurrir: la habitualidad, que es vista por algunos como un elemento subjetivo⁸²³ al que ya hicimos mención en el estudio de la habitualidad.

En nuestra opinión, no estimar ninguna pauta para penar estas conductas nos llevaría a castigar a personas que pelean sin más, a una madre que pretende que la hija llegue a una determinada hora los fines de semana cuando sale, puede constituir un motivo por el cual todos los fines de semana haya un episodio de disputa que pueda llegar a las agresiones físicas. Sin embargo con esto no queremos decir que deba haber un especial móvil, ni una personalidad especial en esa madre que pone una hora los sábados de vuelta a casa amenazando con un castigo si no cumple la hora, sino que habrá que atender a los casos que realmente son importantes a efectos de contabilizar la habitualidad que el tipo exige. Hoy en día las disputas, las peleas o los malos tratos entre cónyuges vienen a recogerse en otro especial injusto del que nos ocuparemos en el capítulo IV, sobre todo cuando esas agresiones se llevan a cabo por un hombre a la mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación. Pero recordemos que según el concepto de habitualidad del 173.2 CP cabe contabilizar también aquellas conductas recaídas contra varios sujetos pasivos, pero siempre que se den las características en los hechos y no en los sujetos, pero no como un ánimo especial, sino como características propias de los hechos descritos que reflejen el dominio o la subordinación representativa de estos hechos y que da sentido a la tipificación del delito, con la consiguiente aplicación por parte de los tribunales.

2.4. Consecuencias jurídicas derivadas de las violencias domésticas

2.4.1. Penas principales

Con carácter general en Derecho penal la cantidad de pena se configura con la suma del desvalor de acción y del desvalor de resultado. Resulta pertinente aterrizar en el concreto desvalor que políticamente se ha dado a este tipo de conductas y para ello resulta inevitable tener que mencionar la influencia de la alarma social generada por los medios de comunicación y por una opinión pública clamorosa de soluciones rápidas y “eficaces”, y que han acabado por plasmarse en el Derecho penal.

⁸²³ consultar en MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito especial (impropio)” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 116

En este sentido, es clave hacer un repaso por las consecuencias penales que el legislador ha estimado pertinentes para castigar ese desvalor de la conducta y de resultado y así lograr una prevención o control de las mismas.

En concreto las penas establecidas para el delito de violencias domésticas habituales son las que siguen.

2.4.1. 1. Pena de prisión de seis meses a tres años

Para empezar a valorar el concreto desvalor que el legislador ha hecho corresponder con estos comportamientos resulta necesario tomar como referencia el baremo establecido en el art. 33 CP donde se establecen las penas consideradas graves y las penas consideradas como menos graves. Con esa diferenciación se atiende a los fines de la pena, desde la retribución o castigo hasta los de prevención (tanto general como especial). De esta manera analizaremos el impacto de la impaciente demanda social en este especial injusto, y en este sentido, respecto de la pena privativa de libertad, destinada a motivar la no comisión de estos hechos y cuya duración está prevista hasta por tres años, por lo que a efectos del art. 33 CP no es considerado un delito grave⁸²⁴. Su límite inferior es de seis meses, por lo que no se corresponde con el mínimo establecido en el art. 36 CP⁸²⁵ (la pena mínima privativa de libertad es de tres meses).

Una de las circunstancias cuya aplicación puede desestimarse desde el principio es la de penalización por la circunstancia mixta de parentesco⁸²⁶ a la que no hay cabida de aplicación en este delito, pues esta relación se desprende de *lege data* directamente de la norma que estamos tratando por las relaciones entre los sujetos activos y pasivos allí previstos.

La pena de prisión va desde los seis meses a los tres años, motivo por el que en la mayoría de los casos podrían ser aplicables las instituciones de sustitución y suspensión de las penas o el juez podrá condenar a pena de cárcel con terapias de

⁸²⁴ El **art. 33** divide las penas entre graves, menso graves y leves estableciendo en cinco años el límite que delimita la frontera de las penas graves y menos graves.

⁸²⁵ El **art. 36** establece la pena mínima de prisión, que es de tres meses de duración.

⁸²⁶ **Art. 25** CP establece que “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

reinserción de escasa eficacia⁸²⁷. MAGRO SERVET, que fue pionero en esta materia, predicó la necesidad de la creación de los tribunales especializados de violencia de género, así como la implementación de estos programas pero critica que aunque en algunos casos son las comunidades las que lo hacen, debería haber un coordinador provincial para un mejor funcionamiento, y que ese coordinador podría ser el presidente de la Audiencia⁸²⁸.

2.4.1.2. Penas privativas de otros derechos

El tipo penal enumera varias penas privativas de otros derechos, como: *privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años.*

En cuanto a la aplicación como penas principales de las penas privativas de derechos interpuestas por el tipo; por una parte se propone la pena de *prohibición de la tenencia y porte de armas* no parece consagrar mayor complicación. Según el art. 33 CP estaríamos ante una pena menos grave, pues la establecida en el art. 173.2 es de dos a cinco años, por tanto menor de ocho, que es el límite que en esta pena se establece para distinguir la grave de la menos grave. Por otra parte también es importante resaltar la relativa a la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, CUADRADO RUIZ y REQUEJO CONDE ya en el año 2000 establecían la necesidad de introducir en este delito la imposición de la pena de *inhabilitación especial de la patria potestad*⁸²⁹ para el caso de esta infracción delictiva. Pena que efectivamente fue introducida por LO 11/2003 en los delitos recogidos tanto en el art. 153 como en el art. 173.2 CP. Lo cual ha sido calificado como de “razonable novedad” porque evitaría la futura convivencia

⁸²⁷ El País, 25 de noviembre de 2008, “Los jueces lamentan la falta de vías de reinserción para maltratadores. El CGPJ denuncia la escasa implantación de terapias rehabilitadoras para suplir la cárcel. 6000 agresores han sido condenados en 2008 a hacer cursos”.

⁸²⁸ El País, 25 de noviembre de 2008, “Los jueces lamentan la falta de vías de reinserción para maltratadores. El CGPJ denuncia la escasa implantación de terapias rehabilitadoras para suplir la cárcel. 6000 agresores han sido condenados en 2008 a hacer cursos”.

⁸²⁹ CUADRADO RUIZ, M. A. y REQUEJO CONDE, C.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal” en *La Ley*, Año XXI, núm. 5072, viernes 9 de junio de 2000, p. 4.

entre agresor y agredido⁸³⁰, aunque como expresamente se recoge, el fin último debe ser el interés del menor y por eso siempre debe tomarse la medida que mejor contribuya a la educación y desarrollo de su personalidad⁸³¹.

2.4.1.3. Cláusula concursal

Para concluir el listado de penas por las que se puede castigar en este delito, el tipo añade además: *y todas ellas aplicables sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

Cuestión a la que haremos referencia en un análisis posterior, pues merece una mención especial la referencia al concurso de leyes o de delitos que pueda establecerse con motivo de la concurrencia de varios actos de violencia doméstica, o su concurrencia con los delitos de género como veremos al final del capítulo IV de este trabajo.

2.4.2. El alejamiento como medida novedosa: su regulación

No podemos pasar por alto el análisis de dos medidas de las que más se está haciendo uso por parte de nuestros tribunales actualmente para atajar la problemática derivada de la aplicación de medidas convencionales, siendo pioneras y útiles medidas hasta hace poco tiempo no aplicadas como son la pena de alejamiento e incomunicación con el agresor⁸³². Resulta positivo dejar claro desde el inicio que cuando nos referimos al alejamiento en realidad estamos haciendo mención a tres tipos de prohibiciones recogidas en el art. 48 CP (dentro de las penas privativas de otros derechos), en concreto

⁸³⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 261.

⁸³¹ FARALDO CABANA, P.; “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, en PUENTE ABA, L. M.; (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, p. 176

⁸³² Para más información ver el esquema planteado por GARCÍA VITORIA, A.; “El cumplimiento del alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Métodos tecnológicos de control” en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 8, 2005, p.62-66.

a la privación del derecho a residir en determinados lugares o a acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima y la prohibición de comunicarse con la víctima.

Estas medidas engloban un doble efecto, uno preventivo en cuanto que neutraliza su peligrosidad y otro victimológico pues de esta manera se fomenta el no hacer coincidir a la víctima o familiares con sus victimarios⁸³³. El art. 57 (dentro de las penas accesorias) obliga a los jueces y tribunales a aplicar alguna de las prohibiciones del art. 48 cuando se trate de delitos de lesiones o contra la integridad moral entre otros, “que se resumen en el alejamiento de la víctima, lo que incluye las prohibiciones de residir en determinados lugares, de aproximación y de comunicación⁸³⁴”, que en todo caso en los delitos de violencia de género dejará de ser potestativa y tendrá que imponerse de manera obligatoria según lo dispuesto por el art. 57.2 en su redacción dada por la LO 15/2003. Sin embargo, esta interpretación acarrea unos problemas en los tribunales que afecta de manera directa no solo la imagen, sino la propia protección de las mujeres.

Es uno de los temas clave, pues pareciera que el Estado, en este caso a través de la obligación a los jueces de imponer en todo caso el alejamiento supiere en todo momento qué es lo mejor para las mujeres, y en este caso es el alejamiento forzoso, así que el legislador de 2004 siguiendo la tendencia que ya iniciara en 2003 niega toda posibilidad de convivencia entre autor y víctima⁸³⁵. Desde la propia magistratura COMAS DE ARGEMIR lamenta que las medidas de alejamiento se apliquen de manera automática y no se miren caso a caso, por lo que no debe ser un procedimiento automático ni imperativo⁸³⁶.

Nos parece de interés resaltar la regulación que se hace en el código penal de estas penas que se contemplan en sus diversas manifestaciones, como pena principal,

⁸³³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Praxis, 2º. Ed., Barcelona, 1999, p. 358.

⁸³⁴ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho penal. Parte general*, Sexta edición revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 502.

⁸³⁵ PERAMATO MARTÍN, T.; “La violencia de género e intrafamiliar en el Derecho penal español” en IGLESIAS CANLE, I. C.; y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.; (Coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 39.

⁸³⁶ El País, 17 de octubre de 2007, “Los jueces piden estudiar caso a caso las órdenes de alejamiento”.

como pena accesoria, como medida de seguridad, etc., aunque en concreto para este delito se contemple como pena accesoria, pero haremos un repaso por todas sus posibilidades.

2.4.2.1. Como pena principal

El alejamiento por tanto también puede regularse como una pena principal, que se regula como pena grave en el art. 33.2.; g) *La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.* h); *la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años;* i) *La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.*

También como pena menos grave en el art. 33.3 f) *la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años,* g) *prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años* y h) *la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.*

Y como pena leve en el art. 33.4 c) *la privación del derecho a residir en determinados lugares o a acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses,* d) *prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo un mes a menos de seis meses* y e) *la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.*

En el art. 48 se enumeran igualmente las penas privativas de derechos enumerando la privación del derecho a residir en determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima y la prohibición de comunicarse con la víctima.

2.4.2.2. Como pena accesoria

Resulta relevante en el estudio de las consecuencias jurídicas de las violencias domésticas tomar en consideración el art. 57 CP, en vigor desde la LO 14/1999⁸³⁷ pero sólo para las faltas de los artículos 617 y 620 CP, y en la que se incluyeron las prohibiciones de comunicación y aproximación a la víctima como pena accesoria, como prohibición o como medida de seguridad que podía ser impuesta al autor de estos delitos.

Fue con la tipificación del art. 544 bis de la LECR, que entró en vigor con la LO 27/2003 que introdujo la orden de Protección, que a su vez propició una reforma del CP en su art. 57.2 que comenzó a recoger como penas accesorias para los delitos de lesiones y contra la integridad moral, entre otros grupos de delitos, la posibilidad de aplicar de manera facultativa algunas prohibiciones del art. 48 CP. También la LO 15/2003 de 25 de noviembre introdujo la aplicación de las medidas de protección del art. 48.2 (es decir prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal) pero obligando a los jueces a aplicarla “en todo caso” cuando los sujetos se correspondan con los establecidos en el art. 173.2 CP, es decir cuando se cometan contra *quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o hay estado ligada, etc.*, motivo por el cual, se estaría intentando proteger a las mujeres en contra muchas veces de su propia voluntad. Pero no sólo a las mujeres, pues este delito no responde en específico al género, sino que en la descripción de los sujetos se trata por igual a personas muy variopintas unidas por convivencia o por afectividad, incluso por relaciones de dependencia o vulnerabilidad frente al autor⁸³⁸. Lo

⁸³⁷ **Art. 57** en su redacción dada por LO 14/1999: *Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del periodo de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones. A. La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. B. La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez Tribunal. C. La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueran distintos.*

También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente artículo, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620 de este código.

⁸³⁸ FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 147.

que plantea dudas respecto de la necesidad y obligatoriedad del alejamiento en cada una de esas relaciones cuasi-familiares. El art. 57 regula una accesoriadad compleja, pues en contra de lo que es habitual, “se hace depender no de una pena principal sino de la comisión de ciertos delitos dependiendo de la gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente⁸³⁹”.

En cualquier caso, es esta medida la que con mayor claridad pone de manifiesto esta tendencia a la sobreprotección de las víctimas porque prevé la imposición obligatoria de la pena de alejamiento en todos los delitos de violencia cuasi-doméstica y de género, con independencia del hecho cometido y de la peligrosidad del autor⁸⁴⁰. Será por eso que a efectos de prevención general y de prevención especial esta medida no está teniendo el éxito esperado, pues no se trata de un delito entre desconocidos, sino que las personas que intervienen mantienen vínculos afectivos aunque difíciles, por lo que no funcionan con normalidad estas medidas siendo muchas veces las propias mujeres las que rompen esa distancia estipulada porque reanudan sin más la convivencia con el agresor, hechos por los que además podrían incurrir en un quebrantamiento de condena. Pensemos en lo extraño de la relación cuando hay mujeres que aceptan el bis a bis con su maltratador una vez y cuando ya están en la cárcel en cumplimiento de la condena por maltrato. Lo cual viene a corroborar que las medidas de Derecho penal impuestas tratando de corregir la propia voluntad de las víctimas es inoperante penalmente. Si la pena principal fuere de prisión, “estas medidas podrán cumplirse simultáneamente con el condenado por la pena de prisión e, incluso, concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios⁸⁴¹” y en el caso del art. 173.2 la aplicación de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima o familiares se impondrá por un tiempo que no excederá de 10

⁸³⁹ VALEIJE SÁNCHEZ, I.; “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXVI, 2006, Santiago de Compostela, p. 333.

⁸⁴⁰ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 340.

⁸⁴¹ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.; “Novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XV, núm. 675, Navarra, 30 de Junio de 2005, P. 3.

años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave⁸⁴². Y ello tiene importantes consecuencias cuando se aplican esas medidas automáticamente sin que el juez haya analizado desde el principio el riesgo implícito en la relación o la voluntad de las personas que van a ser sometidas a ese alejamiento. “Esto que, acordado como pena accesoria (art. 57 CP) o como medida de seguridad (art. 96 CP) en la sentencia, como colofón a un juicio penal, no planteaba cambios sustanciales en el hacer procesal de Juzgados y Tribunales, ha supuesto un vuelco sustancial en su quehacer cotidiano, cuando se ha adelantado su aplicación al generalizarse como medidas cautelares y pretenderse en algunos casos que su adopción tuviera carácter preventivo⁸⁴³”.

2.4.2.3. Como medida cautelar

El alejamiento como medida cautelar se dispone en el art. 544 LECr (en correspondencia con el art. 57 CP). Las medidas cautelares se imponen según el art. 544 ter LECr en sus apartados 1 y 6, en caso de riesgo y necesidad;

1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el juez de instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

Las medidas cautelares en este tipo de delitos no se imponen tanto por el temor de que el imputado todavía en la fase de instrucción del proceso haya riesgo de fuga, sino para impedir el ejercicio de la violencia en este tiempo. Sobre todo es éste segundo motivo el que mayor relevancia tiene en esta clase de delitos, pues recordemos que los

⁸⁴² Art. 57.2 primer párrafo CP.

⁸⁴³ VELASCO NUÑEZ, E.; “Las medidas cautelares en la Ley Integral contra la violencia de género”, *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 15, Año II, abril 2005, p. 52

episodios de violencia tienden a endurecerse cuando la mujer denuncia y la otra persona teme perder la relación.

2.4.2.4. Como condición para suspender o sustituir la ejecución de la prisión

El art. 83 y 84 CP, modificados tanto por LO 15/2003 como por LO1/2004. Por la pena de prisión impuesta como hemos visto, el juez podría suspender o sustituir dicha pena en la mayoría de los casos. Según las últimas reformas estas dos instituciones se regulan de la siguiente manera.

La suspensión de la pena privativa de libertad se basa en la peligrosidad criminal del autor, el art. 83.1, 6º párr. 2 CP dispone que “si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado”, es decir, a la prohibición de acudir a determinados lugares, a la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos (medidas destinadas por lo general a la protección de la víctima) y, además a la obligación de participar en programas formativos (ésta última pensada esencialmente en el fin preventivo especial). En caso del incumplimiento de estos deberes por el condenado determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (art. 84.3)⁸⁴⁴”. Con carácter general, el incumplimiento de las condiciones impuestas en el tiempo de suspensión no lleva directamente a la revocación de la suspensión excepto para los casos del delito de malos tratos en los que la revocación es obligatoria (art. 84.3CP).

En cuanto a la sustitución, el art. 88.1 párrafo 3º dispone que “en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del art. 83 de este

⁸⁴⁴ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.; “Novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XV, núm. 675, Navarra, 30 de Junio de 2005, P. 4.

Código (prohibición de acudir a determinados lugares, de aproximarse o comunicarse con la víctima o sus familiares)⁸⁴⁵”. La prohibición de poner pena de multa en estos casos, estableciendo la obligación de que en todo caso se recurra a la pena en beneficio de la comunidad, sin dar más opciones al juez, también parte de la tradicional visión de la mujer dependiente, sin opción de diferenciar los casos en que la mujer no sea dependiente económicamente⁸⁴⁶.

Como vemos, el legislador hace mención a los delitos de violencia de género en estos delitos relativos a las alternativas de la pena de prisión, por lo que será objeto de estudio en el capítulo siguiente cuando abordemos la problemática o la regulación general de los mismos. De todos modos estas medidas serán objeto de análisis a lo largo del trabajo.

2.4.2.5. Como regla de conducta impuesta facultativamente para obtener la libertad condicional

Se encuentra regulado en el art. 90.2 en el que se establece que *el juez de vigilancia penitenciaria, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente código*, es decir una de estas condiciones que acabamos de nombrar para el caso de la suspensión de la pena privativa de libertad y art. 105 CP.

2.4.2.6. Como medida de seguridad

Con carácter general, el art. 6.1 CP dispone que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto y en el art. 96 en sus párrafos. 3, 9 y 10 se enumeran las medidas de seguridad que, a los efectos del delito de violencia doméstica habitual, solo nos interesarían aquellas que se refieren a la *obligación de residir en un lugar determinado, a la prohibición de aproximarse a la víctima o a sus*

⁸⁴⁵ GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.; “Novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XV, núm. 675, Navarra, 30 de Junio de 2005, P.4

⁸⁴⁶ FARALDO CABANA, P.; “Tendencias de Política Criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.); *Política Criminal y Reformas Penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 174.

familiares y a la prohibición de comunicarse con la misma o con sus familiares. Y se completa con el art. 105.1 b, c, d y g, en donde se establecen las pautas para la aplicación de esas medidas, que se hará por un tiempo no superior a cinco años.

FARALDO CABANA critica que “la imposibilidad de valorar la procedencia o no de aplicación de la prohibición da lugar a que, materialmente, nos encontremos ante una suerte de medida de seguridad postdelictiva no asociada a la inimputabilidad ni a la semi-imputabilidad, sino a una peligrosidad presunta, que se aplica a sujetos imputables una vez cumplida la pena impuesta⁸⁴⁷”. Así en el mismo sentido, avala esta opinión DÍEZ RIPOLLÉS para quien el art. 57 CP español “ofrece, con la denominación de pena, la posibilidad de prolongar las privaciones de derechos contenidas en el art. 48, que tienen una clara finalidad inocuidadora, por un periodo de diez años más allá de la fecha de duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, así como las diversas iniciativas autonómicas para dar publicidad a los delincuentes sexuales y maltratadores⁸⁴⁸”. Siguiendo estas pautas podría decirse que de alguna manera el alejamiento obligatorio podría constituirse como la antesala de la libertad vigilada que recoge la Ley de reforma del código penal de junio de 2010. En esta línea de creación de medidas postdelictuales (para cumplir después de la pena) sigue el legislador actual en su la nueva reforma del código penal por la que introduce la libertad vigilada⁸⁴⁹, aceptando que “resulta aplicable no solo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa⁸⁵⁰”. Para no caer en la arbitrariedad es necesario acudir al peligro en cada caso concreto, y sobre

⁸⁴⁷ FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 150

⁸⁴⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De la Sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 27 nota al pie 86.

⁸⁴⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del código penal, publicada en el BOE núm. 152, el miércoles de 23 de junio de 2010.

⁸⁵⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del código penal, publicada en el BOE núm. 152, el miércoles de 23 de junio de 2010, p. 54812.

todo a las características de la propia relación, confiando en que los jueces se ajustarán de la mejor manera a la situación concreta con los mecanismos predispuestos en la ley.

2.4.3. Técnicas de control telemático

Como hemos visto, una de las medidas que más se utiliza en los Juzgados de violencia contra la mujer es la del alejamiento del agresor en sus tres vertientes; la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal y la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal⁸⁵¹.

Para hacer frente a un cumplimiento efectivo de esas medidas se han puesto en marcha nuevas tecnologías de control vía satélite que faciliten el cumplimiento de las medidas de alejamiento y que, a pesar de ser pioneras en nuestro sistema, comienzan a ser operativas en el caso de la violencia doméstica y de género. Los medios con los que cuenta la policía a día de hoy son el sistema GPS y el de localización avanzada de teléfonos celulares de alto rendimiento, con los que se localiza el lugar donde se encuentra el imputado, pero para el caso de comprobar el incumplimiento del alejamiento por el imputado la mejor opción es el brazalete eléctrico que deben portar tanto agresor como víctima⁸⁵².

Estas prohibiciones o medidas impuestas al agresor se incluyen en la lista de penas privativas de derechos de nuestro código penal en el art. 48. 4 y son penas que podrán controlarse a través de mecanismos de localización electrónica como se dispone en la LO 15/2003 de 25 de noviembre. Medios que se facilitan a las personas interesadas a través de las oficinas de atención a las víctimas o la policía, sin que sea necesario “comunicar el uso del sistema electrónico al presunto agresor, no vulnera ningún derecho de este último, y por tanto, puede adoptarse la medida sin ninguna

⁸⁵¹ Nos referimos a las prohibiciones ya analizadas del art. 48 CP, que según el art. 57.2 en el caso de la violencia doméstica o de género, el juez deberá imponerlas en todo caso.

⁸⁵² GARCÍA VITORIA, A.; “El incumplimiento del alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Métodos tecnológicos de control” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, Núm. 8, 2005, p. 67-68.

solicitud al juzgado⁸⁵³”, sólo con el consentimiento de la víctima que quiere utilizar esa tecnología.

Al ser un medio novedoso no en todos los casos se está aplicando actualmente. Según datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género de 2007, tan sólo en la región de Madrid 3691 mujeres tienen concedida una Orden de Protección y según datos del Ejecutivo de la Comunidad de Madrid, sólo 62 hombres condenados en firme poseen este sistema electromagnético, por lo que se afirma que el número total de uso resulta muy bajo⁸⁵⁴.

En noviembre de 2008 el Gobierno autorizó la implantación de GPS para maltratadores y el Consejo de Ministros igualmente autorizó la implantación de esas medidas que comenzarían a ser implementadas por las comunidades autonómicas en 2009⁸⁵⁵. En 2008 sólo 62 agresores de la Comunidad de Madrid disponían de este sistema electromagnético de un total de 3691 mujeres de la región que tenían Orden de alejamiento y un total de 1721 mujeres disponían de un móvil con GPS para avisar en caso de peligro⁸⁵⁶. En realidad, aunque el uso de estos mecanismos está justificado en el área desde 2004, a la fecha de 9 de junio de 2009 sólo eran Madrid y Baleares las comunidades autónomas que habían implantado este sistema de control de las medidas de alejamiento. A la fecha mencionada se anuncia que entrarán en funcionamiento 3000 brazaletes que cubrirán el 10% del total de órdenes de alejamiento vigentes⁸⁵⁷. Sin embargo un año después, en el verano de 2010 de esos 3000 brazaletes sólo 352 se están usando⁸⁵⁸.

⁸⁵³ DURÁN FEBRER, M.; “Cuestiones jurídicas que plantea la protección de las víctimas de violencia de género a través de las nuevas tecnologías”, Asociación de Juristas Themis, Mayo, 2003, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/cuestionesjuridicas.htm>

⁸⁵⁴ El País, 4 de Abril de 2008, “Sólo 62 agresores de la región llevan brazaletes anti-maltratadores. El proyecto fue presentado en 2004 y entró en funcionamiento a los dos años”.

⁸⁵⁵ El País, 21 de noviembre de 2008 “El Gobierno autoriza la implantación de GPS para maltratadores. El ejecutivo aprueba un plan para fomentar la reinserción laboral de las víctimas de violencia machista”.

⁸⁵⁶ El País, 4 de abril de 2008 “Sólo 62 agresores de la región llevan brazaletes antimaltratadores. El proyecto fue presentado en 2004 y entró en funcionamiento a los dos años”.

⁸⁵⁷ El País, 9 de julio de 2009, “3000 brazaletes para mantener alejados a los maltratadores”.

⁸⁵⁸ El País, 27 de julio de 2010, “Un hombre con orden de alejamiento mata a su ex pareja en Bilbao”.

Pero el dato importante no es tanto el cambio en las medidas sino su materialización, que se ha llevado a cabo a través de qué instrumentos, pues para la localización permanente se han establecido medios de control telemático a través de brazaletes que funcionan vía GPS. En lo que escribimos estas líneas, ocupa en estos días la página de sociedad de los periódicos un caso acaecido en Pontevedra⁸⁵⁹ en el que un maltratador al que le faltaban veinte días para finalizar sus dos años y siete meses de condena por maltratar a su novia, aprovechó el permiso concedido de fin de semana para quitarse el brazalete y recorrer la distancia que lo separaba de su víctima para finalmente matarla y aprovechar idéntica ocasión para intentar hacer lo propio con la ex-mujer, a la que no encontró en casa pero llegando a agredir a los vecinos que habían alegado en su contra en el juicio⁸⁶⁰. La alarma y la movilización que supuso este caso, generó la necesidad de una pronta respuesta por parte del Gobierno, quien cinco días después de lo sucedido, publicó su condena a estos hechos⁸⁶¹.

A ello hay que añadir algo a lo que ya hemos hecho mención en un estadio anterior, que es otra de las herramientas llamadas a la mayor respuesta en celeridad por las que se apostó en 2003; la Orden de protección regulada por LO 27/2003 que facilita a su vez la aplicación de las penas accesorias previstas en el art. 57 CP que vuelven a ser las mismas. Se están encontrando dificultades en la aplicación obligatoria de estas penas accesorias, pues no se ha contado con el riesgo que supone separar a una pareja por un tiempo sin prever la posible, y muchas veces probable, renovación de la convivencia por su pareja en las que no cabría otra opción más que aplicar el quebrantamiento de condena, pues no cabría proponer el error de prohibición que excluya de la culpabilidad quedando como única opción que la pareja, en este caso la

⁸⁵⁹ El País, 1 de Diciembre de 2008, “Un maltratador con permiso penitenciario asesina a su novia. Intentó matar a su exmujer y a los vecinos que testificaron en su contra”.

⁸⁶⁰ El País, 3 de Diciembre de 2008 “La alarma del asesino de Pontevedra seguía encendida tras sus crímenes. Un funcionario de prisiones desatendió la pantalla de alertas y luego no las revisó”.

⁸⁶¹ El País, 4 de Diciembre de 2008 “El Gobierno planea implantar en 2009 un nuevo modelo de GPS para maltratadores. El sistema sería multi-alarma para asegurar su efectividad en caso de producirse algún fallo”. Medida anunciada por el Delegado del Gobierno para la Violencia de Género, Miguel Lorente Acosta.

mujer acuda al indulto⁸⁶². Cuestiones que serán objeto de estudio más detallado en el último de los capítulos de este trabajo.

Cuando alguno de los delitos a los que se hace referencia en el art. 57 CP sean llevados a cabo contra las personas enumeradas en el art. 173.2 CP la aplicación de la pena del art. 48.2 (prohibición de aproximarse a la víctima) se impondrá por un tiempo que no excederá de cinco años⁸⁶³.

JAEN VALLEJO hace un pequeño repaso de las medidas que en concreto en España han sido adoptadas para gestionar o prevenir la reincidencia, aunque a su juicio la mayoría de las veces el legislador optó por el incremento de las penas privativas de prisión en vez de por medidas de seguridad. Para este autor las medidas que se recogen en el art. 57 describen más bien medidas de seguridad basadas en la peligrosidad del autor y no en su culpabilidad⁸⁶⁴. El mismo autor argumenta que el Derecho penal hoy va más allá no conformándose con el sistema vicarial sino insistiendo en una tercera vía penal que tendría por principal destinatario a la víctima⁸⁶⁵, como añadimos, puede ser la libertad vigilada de la nueva reforma del código penal, son cuestiones que tendrán una valoración en el último de los capítulos de este trabajo⁸⁶⁶.

⁸⁶² MAQUEDA ABREU, M. L.; ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso Feminista Crítico”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2007, p. 26-27. En este sentido consultar también el diario El País a 1 de Noviembre de 2008 pues resultan interesantes las opiniones vertidas de la Fiscal para la Violencia de Género, Soledad Cazorla que criticó “que, en algunos casos, esta medida resulta “inoperante” y pidió que les concedan “un poco de margen” para que no siempre haya que recurrir a ello: “No estoy en contra de la medida, pero sí de que siempre sea obligatorio” y de la Magistrada de la AP de Madrid, “quien dijo haberse encontrado en varias ocasiones episodios esporádicos de violencia que luego se superan para los que sería más eficaz “emitir sentencias con ciertas condiciones que permitan a la pareja reanudar su convivencia”.

⁸⁶³ Esta regla se expone en el art. 57.2 CP, y estimamos que en este caso concreto de delito contra la integridad moral (art. 173.2 CP) estimado como menos grave, le correspondería la prohibición de acercarse a la víctima en un máximo de cinco años (y no diez, que es la prevista para los delitos graves).

⁸⁶⁴ JAEN VALLEJO, M.; *Derecho Penal Aplicado. (Parte general y parte especial)*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 196-202.

⁸⁶⁵ JAEN VALLEJO, M.; *Derecho Penal Aplicado. (Parte general y parte especial)*, Editorial Colex, Madrid, 2003, p. 196-202.

⁸⁶⁶ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del código penal, publicada en el BOE núm. 152, el miércoles de 23 de junio de 2010.

De *lege ferenda* compartimos la opinión de quienes alegan que “debería estar previsto expresamente en la ley la medida cautelar de que el inculpado pudiera optar por llevar el mecanismo de control telemático como alternativa de otra medida cautelar. Legislar en este sentido, teniendo en cuenta los derechos fundamentales afectados (libertad personal e intimidad) significaría una alternativa altamente efectiva para asegurar el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de muchas de las víctimas de violencia de género que hoy no cuentan con los instrumentos de protección que les aseguren el respeto de sus derechos⁸⁶⁷”. De esta forma se legislaría en pro de los derechos y de la autonomía de las mujeres respetando su voluntad.

2.4.4. Otras medidas adoptadas en materia de violencia doméstica

Nos referimos con “otras medidas”, sobre todo a la creación de un Registro Central para la Protección de las víctimas de violencia doméstica de maltratadores, introducido en España mediante Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo por el que se regula el Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, mediante un Real Decreto que ampara lo que ya estaba dispuesto en la LO 27/2003 pues ya en su Exposición de Motivos (de la LO 27/2003) se hacía referencia a la importancia de la creación de un Registro Central para la protección de las víctimas estableciendo literalmente que “la nueva ley da carta de naturaleza al Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, al que tendrán acceso inmediato todas las órdenes de protección dictadas por cualquier Juzgado o Tribunal y en el que se anotarán además, los hechos relevantes a efectos de protección a las víctimas de estos delitos y faltas”. Registro penal que se establece al margen o con independencia del Registro Central de penados y rebeldes, siendo el que ahora nos interesa más específico y cuya finalidad exclusiva es la de *facilitar a los órganos judiciales del orden penal, al Ministerio Fiscal, a la Policía Judicial y a los órganos judiciales del orden civil que conozcan de los procedimientos de familia la información precisa para la tramitación de causas penales y civiles, así como para la adopción, modificación, ejecución y seguimiento de medidas de protección de dichas víctimas*⁸⁶⁸.

⁸⁶⁷ DURÁN FERRER, M.; “Cuestiones jurídicas que plantea la protección de las víctimas de violencia de género a través de las nuevas tecnologías”, Themis, Mayo, 2003, Asociación de Juristas Themis, Mayo, 2003, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/cuestionesjuridicas.htm>

⁸⁶⁸ Art. 2.2 RD 355/2004.

En marzo de 2004 se aprueba por el consejo de Ministros un Registro común de maltratadores de uso para todos los juzgados⁸⁶⁹. Con este delito, como vimos en el capítulo II de este trabajo, hay muchas veces en las que de manera preventiva puede llegar a presumirse la peligrosidad del maltratador, no tanto basada en el riesgo objetivo sino presumiendo que esos primeros golpes son el mensaje que lanza el maltratador del inicio de la cadena de violencia que desatará posteriormente y que acabará en asesinato, ni siquiera es una presunción *iuris tantum* sino *iuris et de iure*, motivo por lo que los jueces dictaminan, a veces motu proprio, a veces de manera obligada medidas cautelares o penas de alejamiento.

De forma general repasamos que la lista de medidas de seguridad se regula en el art. 96 CP y localizamos las que a efectos de esta materia nos interesa: su apartado 3, en sus números 3º *la obligación de residir en un lugar determinado*, 4º *la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan*. 5º, *la prohibición e acudir a determinados lugares o territorios*, medidas que son al mismo tiempo penas privativas de derechos contenidas en el art. 48 CP y como penas accesorias en el art. 57.2 impuestas obligatoriamente en los casos de delitos de violencia doméstica.

Estamos de acuerdo en lo importante de llevar a cabo un Registro ordenado de las órdenes de protección que penden sobre los maltratadores con la finalidad de tener la información suficiente, pero con el cuidado y el halo de garantías que todo registro de estas características debe conllevar, que sea de uso exclusivo de Jueces y Tribunales y no listas públicas como parte de la sociedad ha reclamado. Uno de los puntos álgidos de esta discusión se encuentra en la Ley 5/2001 de Prevención de malos tratos y protección a mujeres maltratadas, aprobada el 17 de mayo por las Cortes de Castilla-La Mancha, pues “los intentos de combatir, o siquiera aminorar la violencia doméstica, no deben justificar el recurso a medios de dudosa legitimidad que pongan en entredicho la grandeza del Estado de Derecho⁸⁷⁰”. De la opinión contraria es DURÁN FEBRER a

⁸⁶⁹ *El País* 5 de marzo de 2004 “El Consejo de Ministros aprueba un registro sobre maltratadores común para todos los Juzgados”.

⁸⁷⁰ GÓMEZ NAVAJAS, J.; “Lista de delincuentes: ¿pena de escarnio público?”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.); *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, p. 506.

quien la propuesta de divulgar los nombres de los maltratadores condenados “no parece contrario al ordenamiento jurídico⁸⁷¹”. Datos personales que hay que tratar con respeto a la Ley de Protección de datos de carácter personal, siendo el Secretario Judicial “los particulares no tienen acceso al RCPVD, y tampoco las partes de un procedimiento penal (salvo el Ministerio Fiscal), que no pueden dirigirse directamente al mismo para la obtención de datos de su interés, sin perjuicio de que puedan obtener dicha información a través del órgano judicial, o en su caso del Ministerio Fiscal, siempre que éstos lo estimen pertinente⁸⁷²”.

⁸⁷¹ DURÁN FEBRER, M.; El Mundo, 11 de octubre de 2000, “Derecho a saber”.

⁸⁷² MARCOS AYJÓN, M.; “El nuevo Registro Central para la protección de las Víctimas de Violencia Doméstica”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 7, año I, Julio-Agosto, 2004, p. 61.

Reflexión final

Con carácter general, destacamos la utilidad de la intervención penal a través de un tipo delictivo siempre y cuando aporte algo a los delitos tradicionales recogidos, y siempre que esas conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico sean evitables con carácter general en base a los fines preventivos de la pena. Como ya quedara justificada la intervención durante el capítulo II, el legislador penal se aventuró a tipificar un delito de violencia doméstica, aunque con la intención político criminal última de hacer frente a los abusos que en este ámbito se llevaran a cabo contra las mujeres en especial, en respuesta a unas estadísticas publicadas en 1984 que ponían de manifiesto el número de denuncias de mujeres en contra de sus parejas, aunque el fundamento acabó identificándose no con las mujeres en sí, sino con el lugar que venía siendo escenario de ese ejercicio de violencia, el ámbito doméstico.

El legislador ha tratado de hacer frente a este tipo de violencia a través de un delito autónomo, diferenciado del de las lesiones en base a la habitualidad exigida y los sujetos y a la no exigencia de primera asistencia facultativa ni de tratamiento médico o quirúrgico, por tanto, el ejercicio habitual de violencia parece dar contenido a la existencia de un resultado físico o psíquico, pero no en el sentido propio del delito de lesiones. En estas conductas un resultado físico puede traer causa de una violencia tanto física como psíquica, pero un resultado físico siempre traerá causa de una violencia física. En principio el legislador no define dentro del tipo un resultado, pero es la habitualidad en la violencia la que nos obliga a pensar en la cercanía al mismo debido a la agresión permanente que se produce.

Por eso consideramos que el art. 173.2 CP puede aplicarse en comisión por omisión, porque puede llegarse a ese estado de agresión también a través de conductas que consistan en un no hacer. Así por ejemplo, sí podemos afirmar que la madre que presencia los episodios de violencia del padre a la hija y no hace nada por evitarlo infringiendo su deber jurídico responde como autora en comisión por omisión, cuando efectivamente la actuación del garante de ese bien jurídico pudiese haber disminuido ese riesgo de lesión.

La habitualidad es un concepto que tradicionalmente el Derecho penal ha interpretado desde el sujeto. Sin embargo la habitualidad que se tipifica en el art. 173.2 está ligada a la conducta, por tanto es un elemento del tipo objetivo y es allí donde debe analizarse y no en el tipo subjetivo ni en sede de culpabilidad. Además, después de muchos intentos se ha convenido en interpretarlo de manera criminológica, atendiendo al estado de terror que la violencia continuada provoca en la víctima, diferenciándose del concepto jurídico tipificado en el art. 94 CP actual. Pero tras la reforma de LO 14/1999 se reconoce una definición en el actual apartado 3 del art. 173, y son cuatro los elementos los que se exigen; a) un número de actos, b) elemento temporal, c) indiferencia de que los actos se lleven a cabo entre iguales o distintas personas, y d) indiferencia de que los actos hayan sido objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores (no se exigen condenas sino que los actos estén acreditados). De esta forma el concepto acabó normativizándose pero desvinculado tanto del art. 94 CP como de la agravante de reincidencia. Descartamos una interpretación subjetiva o mixta (de la habitualidad) porque el concepto pertenece al tipo objetivo y por tanto se desprende de la conducta, como atmósfera o estado de terror en un contexto de relaciones familiares. Lo importante es probar ese estado de terror o de peligro para el bien jurídico protegido de la persona que es sometida a violencia habitual.

Se trata de un delito especial propio porque se circunscribe a un determinado ámbito, sin que exista uno similar en el código, porque la habitualidad hace que esta figura delictiva tenga un especial fundamento que no comparte con ningún otro. Los sujetos que se describen en el tipo exceden el ámbito doméstico al hacer referencia a guardadores, a ex-parejas, a novios, etc., y a ellos debemos incluir las parejas homosexuales. En general, con relación a las parejas no se exige la convivencia pues podemos aplicar el tipo a relaciones de noviazgo y sobre todo a ex-parejas, pero sí es necesario comprobarlos para el resto de personas ya sean ascendientes, descendientes, etc. El vínculo exigible entre estos sujetos es de carácter material y no se necesita acudir a las fuentes del Derecho civil, siendo en cada caso lo relevante comprobar la relación de dependencia material. Por tanto estamos ante un delito especial propio porque no hay otro delito en el código penal que realizado por otros sujetos se identifique con las conductas tipificadas en el art. 173.2 CP.

En cuanto al bien jurídico protegido, podemos dudar de los propósitos del legislador si hacemos mención a su ubicación sistemática dentro del código penal. De *lege data* éste ha cambiado a lo largo de su evolución; comenzó en la rúbrica de las faltas contra las personas. Después, desde 1989 a 1999 se tipificó como delito ubicado en la rúbrica de las lesiones, y a partir de 2003 se ubicó junto a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Por estos cambios legislativos, y por el lugar en el que acontecen se han barajado varias posibilidades en la identificación del mismo; en primer lugar como delito pluriofensivo, en segundo lugar como delito contra la integridad moral; en tercer lugar como un delito contra la paz familiar y por último como un delito relacionado con el propio de las lesiones. Descartamos la primera opción porque en realidad todos los delitos podrían atacar contra más de un bien jurídico a la vez. La tercera también es rechazada por varios motivos; porque no se ubica sistemáticamente junto a los delitos relacionados con la familia, porque incluso ya hemos visto que estas conductas exceden el ámbito familiar, y porque consideramos que los individuos están antes que la institución en la que se cobijan, y porque además el tipo del art. 173.2 contiene varias agravantes para cuando estos actos de perpetraren en el domicilio común o en el de la víctima y cuando se perpetraren en presencia de menores.

Por tanto habrá que manejar el bien jurídico entre la integridad moral y la salud. Hasta 2003 este delito perteneció a la rúbrica de las lesiones y desde la LO 11/2003 se ubica dentro de los delitos contra la integridad moral. Tras diferenciar un concepto y otro consideramos que estas conductas lo que en realidad producen es un peligro concreto para la salud. En nuestra opinión, pese a que efectivamente aceptamos que el ejercicio continuado de violencia supone una humillación para la víctima, lo que realmente está en juego es el peligro que ese ejercicio habitual de violencia entraña para la integridad o salud física y psíquica de la víctima por generar mayores posibilidades de acabar lesionándola.

En cuanto a las penas previstas, llama la atención la pena de alejamiento, que tiene un especial protagonismo. Pese a no regularse como pena principal, sí se regula como pena accesoria, como medida cautelar y como condición para suspender o sustituir la ejecución de la pena de prisión, como regla de conducta impuesta para obtener la libertad condicional y como medida de seguridad. De alguna manera se ha convertido en la medida estrella en la lucha contra la violencia, tanto habitual como de

género, sobre todo por la obligación de imponerla para el juez derivada del art. 57.2 CP. Y aunque es una medida que pareciera dar un punto de luz al problema de la violencia de género, comprobaremos cómo un uso indiscriminado de la misma, y utilizada con carácter general siempre en un delito de violencia puede ser contraproducente para el bienestar de las propias mujeres. Su imposición obligada a los jueces no permite analizar el caso concreto ni adecuar su necesidad, y además deja fuera cualquier tipo de autonomía de decisión para la pareja.

Las agravantes específicas que dispone este delito castigan con la mitad superior de la pena los casos de que los actos se perpetren en presencia de menores, o en el domicilio común o de la víctima, o cuando se haga utilizando armas, o quebrantando una de las medidas del art. 48 CP (el alejamiento). En el caso de los menores, se exige que presencien, pero no que sean víctimas directas, puede ser sólo uno (aunque el tipo haga referencia al plural). Se incrementa la pena cuando se utilizan armas porque su uso incrementa el desvalor de la acción. Por su parte, el problema más destacado cuando las investigaciones hacen referencia al domicilio común es descifrar si el consentimiento de la víctima es válido para autorizar a la policía la entrada en caso de riesgo. El propio TC mediante STC 22/2003 de 10 de febrero ha resuelto la problemática que se produce con respecto al derecho a la inviolabilidad del domicilio del autor, estableciendo que éste se ve mermado, y descarta por tanto que el solo consentimiento de la mujer sea válido. Y sin embargo creemos que respecto de la última de las agravantes, quebrantar una norma no incrementa ni disminuye en sí mismo el desvalor de la conducta, sino que es la Administración de Justicia la que se ve vulnerada.

En cuanto al tipo subjetivo, este delito es de comisión dolosa y el dolo debe abarcar igualmente la relación familiar, pero descartamos que sea exigible un especial ánimo en el sujeto que las realiza, descartando por tanto que la habitualidad deba interpretarse en su sentido subjetivo, sino que habrá que atender a las características propias de estos comportamientos por el contexto en el que se desarrollan.

Hasta entonces aunque la finalidad era luchar contra la violencia que los hombres ejercían hacia las mujeres, nada se mencionaba respecto del género en nuestra legislación, por lo que todos los miembros del ámbito cuasi-doméstico eran protegidos de la misma manera por el Derecho penal, desde una mujer-pareja hasta un niño

internado en un centro de menores. El género debe entenderse como un concepto de base cultural que va más allá de la información aportada por el sexo de las personas, es decir, es el aprendizaje de la masculinidad y de la feminidad según se haya nacido hombre o mujer. Concepto que se ha politizado después de que la segunda remesa del Feminismo⁸⁷³ de los años 60 y 70 se hiciera eco de aquellas palabras de Simone de Beauvoir en las que afirmaba que una mujer no nace sino que llega a serlo.

⁸⁷³ Siendo la primera el Movimiento de las Suffragettes de finales del S. XIX cuyo logro fue la consecución del derecho de sufragio de las mujeres.

CAPÍTULO IV

LOS DELITOS DE LAS “AGRAVANTES DE GÉNERO” (ARTS. 153, 171. 4 Y 5, 172.2 Y 468.2 CP) Y LA FALTA DE AMENAZAS Y COACCIONES LEVES DEL ART. 620.2 CP

El fenómeno de la violencia de género podría haber abarcado diversas conductas del código penal actual, que van desde una agresión leve a un asesinato, y en muy diversos ámbitos, ya que pueden ocurrir en casa, en la calle o en el trabajo. Pero concretamente la LOMPIVG se ha centrado en los primeros síntomas de violencia ejercida específicamente contra de la mujer-pareja. Por eso el legislador penal en 2004 ha introducido la perspectiva de género no a través de una agravante genérica, sino a través de la tipificación de delitos especiales que afectan tanto a la parte general como a la parte especial del código penal (libros I y II respectivamente), motivo por el que en este capítulo se abordará más de un hecho delictivo, en concreto, todos aquellos relacionados con el art. 1.3 de la LO 1/2004 que hayan sido efectivamente reformados en la parte especial del código penal (libro II). Es decir, las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones leves pero en el ámbito de la pareja. También al delito de quebrantamiento de condena, que aunque ha sido retocado en 2004 no se refiere al género específicamente sino a aquellos sujetos relacionados con el ámbito cuasi-doméstico en general. Además del tratamiento diferenciado que se hace en la parte general (libro I) en el ámbito de las alternativas a la pena de prisión.

I. CUESTIONES COMUNES A LOS DELITOS DE GÉNERO

1. LA AGRAVANTE ESPECÍFICA DE GÉNERO

1.1. Durante la tramitación parlamentaria

El avance político criminal que ofrece una protección integral para las mujeres recogido en la *LO 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género*, responde en parte al cumplimiento de una promesa electoral, pero también a la presión internacional ya expuesta, para proteger a las mujeres de manera especial en función de equilibrar la situación de desventaja, que de alguna manera ha favorecido no sólo el desarrollo de la violencia, sino también su impunidad.

Dentro de las novedades introducidas por la LO 1/2004, lo más significativo “ha sido la decisión de otorgar una protección diferenciada en función de si la víctima es la esposa o ex-esposa, pareja o ex-pareja o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor o si se trata de otras personas relacionadas con el autor por vínculos familiares o cuasi-familiares⁸⁷⁴”, pues hasta 2004 se habían englobado a todas las personas del ámbito doméstico dentro del mismo grupo de riesgo. Es por ello importante destacar la repercusión social y jurídica que ha tenido el art. 1.1 de la Ley, que es donde el legislador nos recuerda que se trata de aquella violencia que acontece como *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*. La lucha contra esas *relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* es el objetivo de la ley y se ha llevado, aunque no de manera expresa, a diversos preceptos de la parte especial del código, llegando a constituir el grupo de los denominados delitos de género, que son preceptos que predisponen diferencias penológicas cuando en la comisión de las conductas el sujeto pasivo del delito *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 base a las características propias de esas actuaciones de los varones sobre las mujeres o, sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (éstos últimos sólo se incluyen de manera excepcional en los arts. 148.5, 153.1, 171.4 y 172.2 CP). Sin embargo, en ninguno de los delitos de violencia de género, ya sea el art. 148.4, el 153.1, el 171.4, el 172.2 CP de *lege data* no “se utiliza la expresión violencia de género y en todos, por tanto, se reproduce la dificultad interpretativa de afirmar el móvil discriminatorio que se desprendería de la definición legal de dicha expresión⁸⁷⁵”.

Además esta protección especial, según el propio art. 1.3 de la LO 1/2004 se concentra en que *la violencia de género a que se refiere la presente ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las*

⁸⁷⁴ ESCUCHURI AISA, E.; “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coordinadores); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 261

⁸⁷⁵ Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el art. 153.1 CP, en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género por vulnerar los artículos 10, 14, 24.2 de la CE: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo, resuelto mediante STC núm. 59/2008 de 14 de mayo.

amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad, sin embargo, como veremos en la práctica solo se han reformado los delitos relativos a algunas lesiones, amenazas y coacciones leves, y no los delitos relativos a la libertad sexual ni a la privación arbitraria de la libertad⁸⁷⁶, ya que se omiten las reformas de estos dos últimos a la hora de abordar la parte especial del código penal. Otra de las grandes críticas a esta Ley es que únicamente ha contemplado la tipificación de conductas activas, pero no ha previsto la inclusión de los delitos omisivos, por ejemplo se critica que el autor no haya penado las conductas relativas a la omisión de impedir denunciar o perseguir los delitos de violencia de género⁸⁷⁷, cuestión con la que de partida no estaríamos de acuerdo y que será analizada sobre todo en el último capítulo de este trabajo.

Por ello, todos estos son los “delitos de género”, pero sólo respecto de las lesiones, el maltrato, amenazas y coacciones leves, que serán objeto análisis. En realidad como veremos lo que cambia en ellos es la inclusión de sujetos especiales centrados en la mujer-pareja, por eso de alguna manera siguen circunscribiéndose las personas allí protegidas, como hasta entonces se ha hecho, al ámbito doméstico, motivo por el que aunque se haga referencia con carácter general a la Ley de violencia de género, en realidad está contenida sólo en determinados delitos y sólo para cuando los hechos ocurren dentro del hogar. Subrayamos por tanto el carácter limitado de la regulación del “género” en el código penal.

Es por ello que a simple vista pareciera que la Ley de género ha fraguado su repercusión de una parte en la “creación de tipos penales específicos dirigidos a la protección de la mujer y de los que sólo puede ser sujeto activo el varón, circunstancia además que sirve para definir, en principio, la superior gravedad que se otorga a esos comportamientos. De otra, en la conversión automática, en atención al mismo criterio, de comportamientos constitutivos de falta en delito⁸⁷⁸”. Sin embargo la doctrina no

⁸⁷⁶ Críticamente BOIX REIG, J.; “Prólogo” en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Cords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 22.

⁸⁷⁷ RUBIO LARA, P. A.; “Violencia de género y Derecho penal: hacia una correcta y completa formulación del carácter integral de la tutela penal de la violencia de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 93, Edersa, 2007, p. 156, nota al pie núm.1.

⁸⁷⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y

entiende por qué ha quedado fuera de esa modificación el art. 173.2 CP, es decir, por qué el tipo de violencia habitual castiga de la misma manera a las mujeres que ejercen violencia sobre sus familiares, que a los familiares que ejercen esa violencia física o psíquica habitual sobre las mujeres⁸⁷⁹, puesto que es esta forma de violencia la que realmente es peligrosa para los bienes jurídicos que quieren protegerse, precisamente es la habitualidad lo que genera ese peligro, y ese resultado no es capaz de crearlo un acto aislado de violencia.

El debate acerca de las consecuencias que podría implicar la aparición de agravantes en los tipos básicos de lesiones, de amenazas y coacciones fue arduo desde el inicio de las negociaciones en el Parlamento. Ya ARROYO ZAPATERO, en su comparecencia ante el Congreso de los Diputados durante la tramitación del Proyecto de Ley justificaba que no se podrían hacer “distingos de incriminaciones y de pena ante conductas lesivas del mismo bien jurídico que ofrecen el mismo grado de injusto y de culpabilidad. Eso es cierto, pero nada de eso se vulnera aquí. Porque lo que sí es legítimo es constituir tipos agravados sobre los comunes o básicos de lesiones, amenazas y coacciones para captar en ellos el mayor desvalor de acción en los tres supuestos: lesiones, coacciones y amenazas, y el mayor desvalor del resultado en las amenazas y coacciones que representan los supuestos de violencia masculina generadora del síndrome de la mujer maltratada⁸⁸⁰” y continuaba argumentando que en términos penales, “resulta más reprochable la motivación que inspira al autor de la violencia de género que el que realiza la violencia por cualquier otro motivo⁸⁸¹”, que como finalmente acaba recogiendo la LOMPIVG en su art. 1.1., esta violencia se da como *manifestación de la*

coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 200, p. 493.

⁸⁷⁹ Respecto de la ausencia de agravante de género en el 173 CP, ver BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género), *La Ley*, año XXV, núm. 6146, Martes, 14 de diciembre de 2004, p. 9. En el mismo sentido nota la ausencia LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y Violencia de Género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 89.

⁸⁸⁰ ARROYO ZAPATERO, L.; en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, de los días 9 de julio, 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a las Sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión, en concreto p. 18 de la Sesión 9. Consultar en www.congreso.es.

⁸⁸¹ Ídem

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

Por su parte también PECES BARBA fue uno de los máximos defensores en el desarrollo de la ley, alegando que “una ley protectora de la mujer contra la violencia de género es claramente constitucional, es oportuna y es justa⁸⁸²”.

En las mismas comparecencias de especialistas en el Congreso durante el periodo de tramitación de la ley, LARRAURI se pronunciaba más cauta y atisbaba desde entonces la complejidad técnica que resulta de los distinguos que en el Proyecto de ley se hacían respecto de las faltas de amenazas de carácter leve; de la triple diferenciación establecida en caso de las amenazas con armas (las faltas del 620, el delito del 171.4 en caso de ir dirigidas a la mujer pareja y por último las del 171.5 en caso de que el sujeto pasivo sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las mujeres pareja) y la triple regulación de las lesiones (reguladas en el art. 617 y en el 148 en sus apartados 4 y 5), y porque además no se justifica el por qué de la no inclusión de otros comportamientos que pueden ser igualmente graves como las conductas de detenciones ilegales y con la violencia sexual, por tanto le preocupa “la técnica legal de creación de tipos específicos agravados porque no se sigue de forma sistemática y porque puede dar la idea de que la violencia doméstica se limita sólo a esos tres delitos⁸⁸³”, ese es el inconveniente de la creación de las agravantes específicas, por lo que esta autora lo que propone es un modelo que pivote sobre el art. 173.2 CP. La misma autora ilustra con un ejemplo el por qué de la no conveniencia de la aplicación de la agravante específica, y es que si una mujer interpone denuncia en contra de su maltratador y al volver a casa, éste le golpea, es difícil que un juez estime y fundamente la motivación machista de la agresión, puesto que en la aplicación del derecho, no todos los jueces, ni mucho menos, aplican la perspectiva feminista, habría que adivinar la

⁸⁸² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “El debate sobre la violencia de género. Las críticas a la propuesta del Gobierno contra el maltrato reflejan, dice el autor, ignorancia sobre los derechos humanos”, en El País a 23 de junio de 2004.

⁸⁸³ LARRAURI PIJOÁN, E.; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2004, VIII Legislatura, Núm. 67, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excm. Sra. D^a. Carmen Marón Beltrán, Sesión núm. 7 (extraordinaria), celebrada el jueves, 22 de julio de 2004, Núm. de expediente 219/000020), p. 43.

intencionalidad y eso siempre conlleva una difícil prueba⁸⁸⁴. Por ello, continúa en su argumentación la autora, la mejor opción es el art. 173.2 CP porque es más que una agravante, aunque tampoco se trate de una solución definitiva⁸⁸⁵.

Por ahora, sólo adelantaremos que estamos de acuerdo con el art. 1.1 de la ley, pues viene a aceptar y confirmar que las agresiones que se producen son reflejo de un sistema patriarcal, al que aludimos en el primer capítulo de este trabajo. Pero una cosa es partir de esta base social y jurídica, y otra distinta la sistemática adoptada para combatirla. Todos estos argumentos, sobre todo las posturas que se pronuncian en contra de algunas de las medidas penales diseñadas por la LO 1/2004 abrirán un debate sobre la constitucionalidad de estas normas penales, lo cual reflejaremos más adelante.

1.2. En la doctrina penal

Antes de ver las opiniones generadas por parte de la doctrina en cuanto a la justificación de este régimen diferenciado, podemos introducir este apartado con una clasificación que hace GONZÁLEZ CUSSAC, resumiendo esas posturas en diversas tesis hasta ahora expuestas y las que siguen⁸⁸⁶: A) las tesis subjetivistas, que justificarían tal distinción penal en base a la finalidad de sometimiento e incluso al mayor reproche que puede hacerse al sujeto pasivo, que como tal postura se acerca al Derecho penal de autor. B) las tesis sociológicas o estadísticas, que se basan en la estadística numérica del número de mujeres agredidas por sus parejas masculinas⁸⁸⁷. C) Tesis criminológicas: que explican el maltrato a las mujeres como un proceso que

⁸⁸⁴ LARRAURI PIJOÁN, E.; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2004, VIII Legislatura, Núm. 67, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excma. Sra. D^a. Carmen Marón Beltrán, Sesión núm. 7 (extraordinaria), celebrada el jueves, 22 de julio de 2004, Núm. de expediente 219/000020), p. 48.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁸⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p.430-434.

⁸⁸⁷ De esta opinión por ejemplo se deslinda del argumento 4 del Voto particular del Magistrado Vicente Martín de Hijas planteado respecto de la STC 59/2008 de 14 de mayo en la que estima que “el factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe, a mi juicio, convertir un factor numérico en categoría axiológica”.

desemboca en el síndrome de la mujer maltratada. D) Tesis promocional del Derecho penal: que estima el Derecho penal como un instrumento educador, postulado que puede reforzarse con la alusión a la prevención general positiva. Critica el autor que en realidad éste parece ser el fundamento de la Ley. E) Tesis de la prevención especial: que se basa en el desprecio por los valores esenciales que muestra el agresor que hacen necesario un régimen de castigo específico. F) Tesis que apuntan a un plus de lesión o peligro: además de la lesión típica, en estos delitos se produce la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos, lo que consigue traducirse en un mayor desvalor del resultado o mayor desvalor de la acción.

Según nuestra manera de entender estos hechos, no una sola tesis explica este proceso, sino que es una mezcla de algunas de ellas, aunque rechazamos tomar en consideración la primera por alejarse del Derecho penal de hecho. La tesis criminológica sería una razonable explicación pero sin que ello llegue a tachar la voluntad de las mujeres por estimarlas carentes de autonomía suficiente debido a que ésta estaría anulada por el síndrome de estrés postraumático. También es importante como ya hemos resaltado, el contexto social en el que se llevan a cabo, que es el Patriarcado y por eso también es la última de las tesis expuestas la más recomendable, pero si no se especifica de manera precisa cuál es ese plus y cuáles son los bienes jurídicos que se ponen en juego no valdría la pena hacer la aclaración en general, pues es un tipo de afirmación que podría llevarse a casi todos, por no decir a todos, los delitos del código penal. Es por ello que la mayor cantidad de pena parece ser justificable desde la perspectiva de un mayor desvalor de la acción o del resultado en cuanto al mayor riesgo que supone ser mujer en una relación de pareja. Pero otra parte de la doctrina achaca esa diferencia de pena a un mayor desvalor de resultado “por concurrir el ataque adicional al bien jurídico igualdad cuya necesidad de protección estaría latiendo detrás de la dispersión o diseminación sistemática⁸⁸⁸”.

En el fondo todas estas teorías tratan de explicar el por qué de esa mayor pena. Una vez aprobada la ley, la doctrina hace especial hincapié en este tipo de agravaciones de género porque supone el aspecto más problemático de la nueva regulación, como

⁸⁸⁸ ALONSO ÁLAMO, M.; “Protección Penal de la igualdad y Derecho Penal de género” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, 2008, p. 45.

veremos cuando hagamos referencia a las cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas. Así, como ya hemos dejado entrever, en realidad el legislador de 2004 lo que realmente introdujo fue una agravante específica para determinados delitos. Y así, en opinión de LAURENZO COPELLO estas agravaciones fueron forjadas en base a la identificación de los sujetos, activo y pasivo, y son agravantes específicas de género⁸⁸⁹. Según esta autora, la LO 1/2004 surge en respuesta a la demanda social de una protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género, que agrava de manera específica “los delitos de lesiones, violencia doméstica ocasional, amenazas y coacciones leves cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia⁸⁹⁰”. De igual forma, para MAQUEDA ABREU supone un factor de riesgo “ser mujer en una relación de pareja”, motivo por el que realmente acepta que la ley refleje “un plus de vulnerabilidad que se mide en un plus de penalidad para el maltrato. Es lo que se conoce como agravante de género y lo que permite dar especificidad a la violencia contra la mujer dentro de esa genérica noción de “violencia doméstica”, más vinculada a la defensa de valores familiares⁸⁹¹”. La misma autora reconoce que la LO 1/2004 crea una agravante específica de género, “que pretende reforzar la tutela de la mujer mediante una cualificación penal destinada al hombre que ejerce violencia contra ella en una relación de pareja⁸⁹²”, medida por otra parte sobre la que penden la mayoría de las cuestiones de inconstitucionalidad. Al igual ARROYO ZAPATERO complementa el

⁸⁸⁹ LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la ley Integral. Valoración político criminal”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2005, p. 10 y 19.

⁸⁹⁰ LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 348

⁸⁹¹ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 386. También se refieren al riesgo LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en el código penal: Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 18 “el legislador capta esa especial exposición al riesgo y, para prevenir sus efectos le concede una protección adicional”. Y MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho penal. Parte especial. Decimosexta edición revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 188 afirma que “la principal novedad de la LO 1/2004, probablemente la más discutida, ha sido la mención de la mujer como sujeto pasivo específico necesitado de mayor protección penal por encontrarse en una situación de más grande riesgo”. LARRAURI, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Febrero 2009, p. 13 “sólo la atención a estas causas estructurales sociales es lo que puede explicar la gran diferencia en las tasas de victimización y entender el porqué el género es un factor de riesgo relevante en las relaciones de pareja”.

⁸⁹² MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico” en *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 375.

razonamiento anterior en base a la realidad criminológica material, que es el síndrome de la mujer maltratada hace que estas violencias presenten un mayor desvalor de acción y de resultado⁸⁹³”.

Por eso habrá que tomar de referencia la acción y el resultado afirmando que el fundamento de esa mayor pena “debe verse en un incremento del merecimiento de pena basado en el mayor desvalor de acción y de resultado ..., tanto porque se exija, desde el punto de vista subjetivo, que el autor cometa el delito con la finalidad de dominar, de subyugar o de aleccionar a la mujer como porque, desde un punto de vista objetivo, se requiera la aptitud del comportamiento desarrollado para el cumplimiento de dicha finalidad⁸⁹⁴”. Ya veremos los matices que pueda tener tal afirmación, con la que coincidimos en parte.

Hay también quienes resaltan el fin preventivo general, y por eso consideran que “la tipificación específica de la violencia contra la mujer, además de ser una herramienta jurídica coactiva, cumple una función pedagógica: no caben justificaciones⁸⁹⁵”, y acerca de esta afirmación que valida la reforma penal se harán las debidas aclaraciones en el último capítulo de este trabajo, para comprobar si efectivamente cabe o no en este ámbito la utilización de la función simbólica del Derecho penal.

1.2.1. Otras opciones distintas

Otra parte de la doctrina hubiera preferido en vez de la introducción de una agravante específica, la de una agravante genérica, y esa es la opinión de COMAS D'ARGEMIR, pues desde un punto de vista sistemático y dogmático hubiera sido mejor opción y así podría ser aplicable a todos los delitos relacionados con la violencia

⁸⁹³ ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional de y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en homenaje a la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 735.

⁸⁹⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, C.; “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 9, 2007, p. 17

⁸⁹⁵ DURÁN FEBRER, M.; “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Artículo 14 Una perspectiva de género Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 17, Instituto andaluz de la mujer, Diciembre de 2004, p. 9.

de género⁸⁹⁶, porque según la propia LO 1/2004 en su art. 1.3 se define la violencia de género como *todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad*. Por lo que es criticable que en la parte especial del código no en toda esa lista de delitos esté previsto un tipo agravado, sino sólo en alguno de ellos como hemos visto (arts. 148.4, 153.1, 171.4 y 5 y 172.2). A esta opinión le sigue VILALCAMPA ESTIARTE quien propone en vez de agravar ciertos comportamientos (los recogidos en el art. 1 de la LO 1/2004) configurar una circunstancia agravante genérica que recoja ese tipo de aptitud y motivación⁸⁹⁷, opción que acabaría con la crítica sistemática que se hace a la agravante específica.

En cambio BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTIN ensayan otra posible explicación, partiendo de la consideración de estos elementos no como elementos típicos sino como parte de la punibilidad, basándose “en condiciones de política criminal, puesto que parece haberse prescindido de la posición de dominio en la configuración de las relaciones entre el sujeto pasivo y el activo, y únicamente se ha atendido al dato objetivo y exclusivo de la condición de hombre como sujeto activo y de mujer como sujeto pasivo⁸⁹⁸”, experimento que acaban ellos mismos por desestimar en base a las graves injusticias que generaría su aplicación en función de la figura del error. Por lo que estos autores, acaban por considerar que para aplicar estos tipos agravados referidos a un dato objetivo, que resulta de su aplicación cuando el hombre es sujeto activo y la mujer sujeto pasivo, hay que sumarle otro de fundamentación material, un fundamento material doble, en el sentido; por un lado de la aparición de un mayor injusto en lo que respecta a la posición dominante en la relación de pareja, y por otro de un mayor incremento también de la culpabilidad, debido a que lo que impulsa al hombre

⁸⁹⁶ COMAS d'ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 50.

⁸⁹⁷ VILALCAMPA ESTIARTE, C.; “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de la constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, p. 19.

⁸⁹⁸ BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (reflexiones 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, Número 6146*, Martes 14 de diciembre de 2004, p. 7.

a cometer estos delitos es la <discriminación por razón de sexo femenino>⁸⁹⁹. A ese doble fundamento ALASTUEY DOBÓN añade que lo realmente novedoso es el motivo discriminatorio por razón de sexo femenino y que el mayor injusto se da en la figura que tiene por sujetos pasivos cualquiera de los mencionados en el art. 173.2 CP, por lo que en su opinión, “no hacía falta crear nuevas figuras delictivas que plantean tantos problemas, sobre todo desde el punto de vista de la discriminación positiva en el Derecho penal, sino que bastaba con la aplicación de la agravante por motivos discriminatorios del art. 22 número 4⁹⁰⁰”.

Pero si la interpretación de los sujetos activos (siempre hombres), y los sujetos pasivos (siempre mujeres) ha generado un revuelo doctrinal y judicial, no es menos problemática la cláusula complementaria que da entrada a los *sujetos especialmente vulnerables que convivan con el autor*, proveniente de la antigua regulación que hacía referencia a las *personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guardia en centros públicos o privados*, que tipificaba el anterior art. 173 (en su reforma de LO 11/2003). Supuestos de personas especialmente vulnerables en las que nada se cuestiona respecto del sexo de las mismas, pudiendo por tanto ser especialmente vulnerables tanto hombres como mujeres, lo cual iría directamente en contra del sentido del ya comentado art. 1.1 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre que establece como premisa del plus punitivo de estos delitos el *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*. Supuestos de especial vulnerabilidad no previstos en todos los delitos del grupo de violencia de género, sino sólo en los artículos 148.5 y en el art. 153.1 pero no en los artículos 171.4 ni en el art. 172.2 CP, en los que sólo se hace mención a sujetos activos hombres y como sujetos pasivos a *quien sean o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia*. Todo ello viene a completar las

⁸⁹⁹ Ibidem, p. 8

⁹⁰⁰ ALASTUEY DOBÓN, M. C.; “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 67-68.

contradicciones que emanan de la propia redacción de la ley que dificulta discernir su objetivo y finalidad.

Otra opción es la que propone BODELÓN advirtiendo que en vez de pensar en estos delitos desde el agresor varón, deberían haberse construido nuevos tipos penales en los que se delimite como “bien jurídico el derecho a una vida libre de violencia de género en el ámbito de la pareja, diferenciándolos de otro tipo de violencia intra-familiar⁹⁰¹”.

Dejando a parte la necesidad o no de la distinta punición, coincidimos con LARRAURI en afirmar que no es lo mismo que la mujer golpee al hombre que viceversa, pues “la equiparación del golpe del hombre y la mujer implica desconocer el contexto social donde los actos tienen lugar. El golpe del hombre produce generalmente dos consecuencias que el de la mujer raramente produce: una mayor probabilidad de lesión y un mayor impacto en la vida de la persona por el miedo que produce⁹⁰²”, sin embargo añadimos que la aplicación en los tribunales debe manejar correctamente estas situaciones e impedir la aplicación descuidada que se había venido realizando hasta entonces.

Después de todo lo argumentado, criticamos la sistemática seguida por el legislador en los arts. 1.1, 1.3 de la ley y la parte especial del código, pero lo que de *lege data* existe es una agravación específica en determinadas conductas tipificadas en el código penal. La mayor crítica es haber desestimado como eje la violencia habitual, que es la que precisamente llena de contenido la situación que aquí se trata de solucionar, algo a lo que haremos referencia a lo largo de este capítulo y en el siguiente, aunque no criticamos que se haga referencia a la violencia de género como violencia con características propias que la hacen distinta al resto de violencias.

⁹⁰¹ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 287

⁹⁰² LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 323.

2. LOS SUJETOS

Los sujetos, dentro de los delitos de las agravantes de género, son la parte más importante. La creación de estas agravantes se ha basado en el Patriarcado, por tanto, en las violencias que dirigen los hombres contra las mujeres en este contexto de subordinación. Es por ello que según ARROYO ZAPATERO “estamos ante la tipificación de modo autónomo de un comportamiento con las dosis de gravedad y de propiedades materiales de la conducta y sus efectos que sólo se presenta en las violencias del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre⁹⁰³”. En todos los delitos relacionados con la violencia de género lo que más llama la atención y lo que ha generado mayores problemas de legitimación ha sido la selección de los sujetos protagonistas de los tipos penales. En todos ellos se menciona al sujeto activo y al sujeto pasivo, de tal manera que literalmente se establece que:

Art. 148. 4 y 5;

4. *“Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.*

5. *“Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.*

Art. 153.1 y 2 CP

1. *El que por cualquier medio...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, etc.*

2. *Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo...*

Art. 171.4 y 5 CP.

4. *El que de modo leve... a su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, etc.*

⁹⁰³ ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional de y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en homenaje a la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 733.

En el segundo párrafo del apartado 4 se especifica que *igual pena se impondrá al que...a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

5. El que de modo leve...a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo.

Art. 172.2 CP:

2. El que de modo leve...a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, etc.

En el segundo párrafo del apartado 2 se especifica que *igual pena se impondrá al que de modo leve... a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

Art. 468.2 CP

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2.

Como comprobamos, muchos de los delitos denominados de género (art. 153.1, art. 171.4 y 172.2 CP) también albergan en otro punto violencia cuasi-doméstica (art. 153.2, 171.5 y 468.2 CP), lo cual quiere decir que la reforma operada por la Ley de género también ha incluido comportamientos relacionados con la violencia cuasi-doméstica, pues esos nuevos delitos se refieren a las personas amparadas en el art. 173.2 CP⁹⁰⁴. Concretamente el art. 153.2 se construye como el tipo básico del delito, cuyo antecedente no es la Ley de 2004, sino que se encuentra en la LO 11/2003 referido a las personas del ámbito doméstico o cuasi-doméstico. Lo que hace la reforma de 2004 es preveer también mayor pena para las amenazas leves con armas u otros instrumentos

⁹⁰⁴ Recordemos que los sujetos del ámbito cuasi-doméstico son aquellos relativos a “*quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*”.

peligrosos trasladándolas del 153 al 171.5 CP. Y las amenazas leves a la mujer pareja al 171.4 CP. El problema es que la delimitación de cuáles son las personas especialmente vulnerables (del apartado 1) y cuáles van a ser los sujetos del 173.2 (que exige el apartado 2 del 153) puede crear algún conflicto pues pueden llegar a solaparse o colisionar. Una de las distinciones es la convivencia, pues en los *sujetos especialmente vulnerables* se exige que la persona vulnerable conviva con el autor, y sin embargo, en los sujetos del 173.2 no se pide tal requisito como vimos en el análisis de dicho tipo penal. Sin embargo este criterio tampoco puede ser tan definitivo, porque el análisis sobre la naturaleza penal de los elementos que definen las relaciones que deben regir a las personas implicadas en este tipo penal es similar al que ya establecimos para el delito de las violencias domésticas habituales. Así según algunos autores estaríamos ante elementos normativos del tipo en los que habría que acudir a la normativa civil para completar el significado de estos términos⁹⁰⁵ y para otra parte de la doctrina con la que coincidimos, consistirían estos términos en meras descripciones típicas que atenderían a las relaciones de facto (materiales) entre las personas más allá de lo jurídico, como ya pusiéramos de manifiesto en el análisis del 173.2 CP.

En los delitos de género se deduce que el elemento común a todos ellos es que se sustentan sobre el sujeto pasivo, no tanto sobre el sujeto activo, aunque por las características propias de la violencia de género podría deducirse en un primer nivel de análisis que el sujeto activo es siempre varón, y además porque literalmente estos delitos se refieren a la ofendida *que esté o haya estado ligada a él*, con lo cual el comienzo “*el que*” común a la construcción de todos los delitos del código se define posteriormente con la referencia al masculino “a él”; no obstante hacer girar el fundamento sobre el sujeto pasivo y no el activo resuelve dudas que puedan surgir respecto de la posibilidad de estar ante un Derecho penal de autor (que será objeto de análisis en el Cap. V). Por tanto, en realidad dentro de los tipos denominados de las agravantes de género, lo que da nombre propio a estas tipificaciones no es el sujeto

⁹⁰⁵ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Violencia sobre la esposa o persona vinculada con el autor por relaciones familiares o análogas”, en COBO DEL ROSAL en *Derecho Penal Español. Parte especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 157, en donde afirma que “las relaciones que se contemplan son casi siempre elementos normativos del tipo”.

activo, sino el pasivo⁹⁰⁶ pues en realidad es el que se define de manera expresa en el tipo, llegando por descarte a la definición de los sujetos activos, completando así el genérico predispuesto por el tipo “el que”.

También la *mujer unida por análoga relación aun sin convivencia*, lo cual lleva a incluir las relaciones de noviazgo. Pero ¿cuál es el criterio que habrá que tomar en cuenta para discernir cuáles sí y cuáles no? La inclusión de estas relaciones ha sido criticada fuertemente por la inseguridad jurídica que genera y por eso hay quienes restringen el tipo cuando no existe convivencia⁹⁰⁷. Sin embargo esa inseguridad debe resolverse caso a caso en los tribunales, ya que deberán probar que se dan las características propias de estas relaciones, es decir, el sentimiento de posesión y dominio⁹⁰⁸. De manera que la cuestión se complica cuando se trata de noviazgos adolescentes, así nos llama la atención que algunos tribunales no estimen violencia de género en los noviazgos adolescentes: la *análoga relación de afectividad aún sin convivencia* se interpreta dentro del tipo, según la Audiencia de Cantabria sólo si existiera la finalidad de constituir una pareja estable, y esa finalidad puede "presumirse" en las relaciones de este tipo entre adultos que estudian o trabajan, pero no entre menores que están todavía en fase escolar⁹⁰⁹. La Ministra de Igualdad lamenta que la AP de Cantabria no estimase violencia de género en la agresión de un chico de 14 años⁹¹⁰. Según la propia sentencia, “la relación de noviazgo tendría cabida en este contexto cuando ese noviazgo, más que cualificado por la duración, se encuentra cualificado por la intensidad y la finalidad de construir una pareja estable, con un

⁹⁰⁶ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2008, p. 346.

⁹⁰⁷ FERNÁNDEZ PANTOJA, P.; “Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”, en MORILLAS CUEVA, L.; (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 2002, p. 99.

⁹⁰⁸ LAURENZO COPELLO, P.; “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., *SERTA In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004p. 833.

⁹⁰⁹ El País, 20 de noviembre de 2009, “En un noviazgo adolescente no hay violencia machista según un tribunal”.

⁹¹⁰ El País, 23 de noviembre de 2009, “Aído: Cuando hay violencia de género no importa si se tienen 50 o 16 años. La ministra de Igualdad se declara desanimada por sentencias como la de la Audiencia Provincial de Cantabria, que no consideró violencia machista una agresión de un chico de catorce años”.

proyecto compartido. Esta intensidad y esa finalidad pueden presumirse en las relaciones de noviazgo entre personas mayores de edad que estudian o trabajan pero su presunción es menos evidente entre menores de edad que están todavía en fase escolar en colegios o institutos que carecen de otros medios económicos que los que les proporcionan sus padres o tutores, con los que además conviven⁹¹¹”. Por tanto si siguiésemos tal doctrina, lo importante es dar respuesta a cuándo estamos ante una relación de noviazgo y cuándo no porque de ello dependerá aplicar un tipo penal (delito) u otro (falta). En nuestra opinión lo importante es que existan relaciones amorosas aunque no haya promesa de matrimonio, ni siquiera convivencia aunque de ello derivan dificultades de prueba, porque el agresor tenderá a negar la relación amorosa y a basarse en la de amistad precisamente porque es más beneficioso a efectos de pena, pero para eso está la prueba testifical de las personas allegadas a la pareja⁹¹². En cualquier caso, habrá que estudiar las características propias de cada caso y comprobar que efectivamente se da ese mayor desvalor de la conducta y esa exposición al riesgo.

La especial protección de las mujeres-pareja queda clara atendiendo a la finalidad de la ley dispuesta en el art. 1.1, sin embargo, la entrada a *cualquier sujeto especialmente vulnerable que conviva con el autor*, sin especificar los sujetos activo y pasivo, hace que pueda recaer dicha protección sobre hombres especialmente vulnerables que convivan con el autor, aunque esa vulnerabilidad deba probarse en cada caso concreto, fue una concesión política de última hora en el Parlamento para que fuera más fácil la aprobación del texto, y como veremos, también ex-post, para salvar su constitucionalidad⁹¹³. Lo cierto es que su inclusión resta rigor al fondo que subyace en la creación del propio término violencia de género, pues en *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor* se entiende a menores y a ancianos, que no tiene

⁹¹¹ SAP de Cantabria, 280/2009 de 5 de noviembre, FJ. 2

⁹¹² PERAMATO MARTÍN, T.; “La violencia de género e intrafamiliar en el Derecho penal español” en IGLESIAS CANLE, I. C.; y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.; (Coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 45-46.

⁹¹³ Es resuelta por STC 59/2008, de 14 de mayo en su FJ. núm. 4 b). Ante lo que parte de la doctrina discrepa, así ACALE SÁNCHEZ, M.; “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en PUENTE ABA, L. M.; (Directora), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 70 en la que critica que el TC ignora que “la protección no es la misma, en la medida en que hace falta que concurren más elementos cuando se trata de una y otra víctima”.

inconveniente en que dentro de las *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor* entren a formar parte los hombres, salvo por el no pequeño inconveniente de ir, de esta manera, contra el espíritu y filosofía de la ley, “con la diferencia de que en estos casos deberá probarse la vulnerabilidad que se presume o da por supuesto en la esposa⁹¹⁸”. Es por ello que no negamos la importancia de introducir esas otras minorías, lo único es que no responden a la filosofía de la ley, en el sentido de no estar dentro del contexto de subordinación que responde a los “géneros”, sino que tiene una vez más que ver con el ámbito doméstico y de convivencia.

Se acusa que en general esta regulación especial supone un flaco favor a la autonomía y capacidad de las mujeres al equipararlas con menores e incapaces en situación de debilidad, pues pareciera que esta equiparación no supone considerarlas personas plenas de derecho si es lo que en un principio se pretende. Precisamente si lo que se quería era combatir la desigualdad legalmente manifiesta entre hombres y mujeres, el método de equiparación de éstas con menores e incapaces no va a conseguirlo, en vez de igualar a la categoría de los hombres, este método por el contrario hace permanecer en el *statu quo* establecido⁹¹⁹.

Sin embargo por supuesto descartamos que esa diferencia que recogen los tipos con respecto a los demás se haga desde el sujeto activo, lo cual puede llevarnos a un descalabro histórico como el que vivió Alemania en los años del Nazismo. Por eso no estamos de acuerdo con GONZÁLEZ RUS cuando critica la actitud del legislador “por no haberse limitado a establecer una discriminación positiva a favor de la mujer, sino por haber ido más allá y haber sancionado una discriminación negativa en perjuicio del varón, que ve agravada su responsabilidad no sobre la base de criterios de mayor importancia del peligro o de la lesión del bien jurídico (desvalor de resultado), o de

⁹¹⁸ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 270.

⁹¹⁹ Acerca del mantenimiento del *statu quo*, LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial IX, Madrid, 2007, p. 67 “al depositar en uno de los instrumentos más importantes para el mantenimiento del *statu quo*, en una herramienta básicamente opresora y autoritaria que controla los conflictos a base de limitaciones de derechos, las asociaciones de mujeres con mayor presencia en la vida pública española corren el serio riesgo de traicionar los grandes postulados del feminismo que siempre han estado asociados a la lucha por una sociedad más justa, menos autoritaria y con mayor espacio para las libertades”.

mayor lesividad o peligrosidad de la acción para otros bienes jurídicos (desvalor de acción), ni de mayor culpabilidad, sino al simple hecho de ser hombre⁹²⁰”. Además respecto de las personas especialmente vulnerables añade que “mientras que para el caso de la mujer la protección opera con la mera constatación del sexo del sujeto, en el caso de las personas especialmente vulnerables hay que probar caso por caso que concurre tal condición típica para que la protección opere⁹²¹”. En la misma línea argumental BOLDOVA PASAMAR apunta que “la ley queriendo proteger a la mujer cuando es víctima, acaba premiándola también cuando es agresora (y su víctima no es especialmente vulnerable). Por tanto, salvo que hallemos un fundamento material ajeno a la especial vulnerabilidad de la víctima que explique la diferencia de trato de hombre y mujer en determinados casos, nos hallaríamos ante un Derecho penal de autor basado en la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer, que tiene su correlato en la peligrosidad del autor⁹²²”, pero como vimos, los autores encuentran ese fundamento material en un mayor injusto y culpabilidad⁹²³. Por su parte ACALE SÁNCHEZ descarta que tal discriminación se apoye en un criterio material (al desestimar la existencia de un bien jurídico penal que consista en la *pertenencia del género femenino históricamente sometido a discriminación por el hombre*), y por eso el legislador estaría abogando por un tipo de responsabilidad penal objetiva, al estilo del Derecho penal de autor⁹²⁴. Todas estas interpretaciones que se basan en la figura del sujeto activo, en este caso del agresor, se traducen como analizaremos más adelante en el Derecho penal de autor.

⁹²⁰ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 498.

⁹²¹ *Ibidem*, p. 496.

⁹²² BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)”, *La Ley*, año XXV, núm. 6146, martes, 14 de diciembre de 2004, p. 7.

⁹²³ *Ibidem*, p. 8, como ya se analizó esta postura doctrinal en páginas anteriores de este trabajo; el mayor injusto en base a la posición dominante en la relación de pareja y el incremento de culpabilidad en base a que lo que impulsa al hombre es la discriminación por sexo femenino.

⁹²⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 216.

Sin embargo como ya hemos apuntado y desarrollaremos en el capítulo V⁹²⁵, en este trabajo sí partimos de la existencia de un mayor desvalor en la conducta, debido al mayor riesgo que existe de lesión al bien jurídico.

2.1. En la Jurisprudencia del TC

Desde el inicio de la andadura penal de la ley fueron numerosas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, en principio ante el art. 153.1 CP, pero no sólo sobre ella sino en general pues es extrapolable a todos los preceptos que disponen de la agravante específica de género. Se ha llegado a afirmar que es la ley de la Democracia que más cuestiones de inconstitucionalidad ha suscitado⁹²⁶. Han sido muchos los jueces y magistrados que en el curso de un proceso abierto por alguno de estos hechos han tenido problemas a la hora de aplicar estos artículos retocados por la Ley de Medidas de protección integral. Sin embargo, recordemos que fue 2003 el año clave en la expansión en este ámbito, pues de ella proceden dos de las cuestiones de la más dudosa legitimidad, ya fuera la de elevar el maltrato no habitual del art. 153 a la categoría de delito (por LO 11/2003) y la imposición obligatoria de la pena de alejamiento del art. 57.2 CP (por LO 15/2003)⁹²⁷. Por tanto, que se planteen problemas de constitucionalidad ante el maltrato ocasional no es privativo de esta reforma, sino que el núcleo de la cuestión es anterior, y ya fue resuelto de forma favorable por dos Autos del TC; Auto núm. 233/2004, de 7 de junio de 2004 y Auto núm. 332/2005, de 13 de Septiembre, que más adelante analizaremos.

La primera cuestión de inconstitucionalidad a la Ley de 2004 fue planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el art. 153.1 del CP en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, mediante STS núm. 59/2008 de 14 de

⁹²⁵ Ver cap. V, III, 3.1.4.

⁹²⁶ El País 2 de enero de 2010 “Las muertes por violencia machista descienden casi un 40% en 2009. La ley cumple cinco años con retraso en las medidas sociales y educativas” donde se afirma que esta es la ley de la Democracia que más cuestiones de inconstitucionalidad ha suscitado sobre las que el TC ya se ha pronunciado pero sobre la que ya se ha pronunciado el TC afirmando su constitucionalidad.

⁹²⁷ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 41 y ss.

mayo. Esta sentencia es fundamental en el estudio de la materia que nos ocupa, pues aunque ha habido otras posteriores, los Magistrados del TC se han sustentado sin duda sobre los argumentos que esta primera sentencia se dieron. La duda de constitucionalidad que sustentó tal recurso (de inconstitucionalidad) giró en torno a la idea de porqué cuando un hombre es sujeto activo y una mujer es sujeto pasivo la pena de prisión es de seis meses a un año (art. 153.1 CP) y sin embargo, cuando el sujeto activo es una mujer y el sujeto pasivo un hombre la pena es de tres meses a un año y además, se argumentaba que la introducción como sujetos pasivos de *las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor* comporta la afirmación de la no necesidad de que el sujeto pasivo sea femenino, lo cual pugnaría con el espíritu de la norma de origen. Es en el FJ. 4 de la STC 59/2008 de 2008 donde se da respuesta a la duda sobre la igualdad de trato del art. 153.1, por el que en principio siempre el sujeto activo es “el que” (que es una expresión neutra con la que comienzan la mayoría de los artículos del código) y el sujeto pasivo es la *ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, pero también persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*, cláusula en la que no se hacen distinciones en cuanto a sexo de los sujetos, pudiendo ser indistintamente uno u otro, motivo por el que en el fallo se acaba por desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad por no atender contra el principio de igualdad. He aquí el aval constitucional de la reforma.

De otro lado su crítica, pues el Magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS afirma en su voto particular que “el factor de la muy desigual frecuencia de las agresiones producidas por individuos de uno y otro sexo es simplemente de índole numérica, y no cabe, convertir un factor numérico en categoría axiológica. La mayor frecuencia de agresiones producidas por varones respecto de las mujeres que las producidas por éstas respecto a aquéllos podrá determinar la consecuencia de que deban ser más los varones sancionados que las mujeres; pero no me parece constitucionalmente aceptable que la gravedad de la conducta y la intensidad de su sanción se decidan en razón del sexo del autor y víctima del delito⁹²⁸”.

⁹²⁸ STC 59/2008 de 14 de mayo.

La valoración global que puede destacarse de la posición del TC sobre los delitos de género, desde la primera de las sentencias que analizare la problemática se ha mantenido justificando sobre todo en base a que, si bien las conductas allí descritas serán castigadas mayormente cuando el sujeto activo sea un hombre y el sujeto pasivo una mujer, pero también cabrá el mismo castigo a la inversa puesto que la cláusula *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor* acoge cualquier combinación de sujetos activos y pasivos. Ese es a grandes rasgos el argumento que esgrime el TC para validar la agravante específica de género.

2.2. Las parejas homosexuales

Si decimos que los tipos de género se definen en función de la mujer como sujeto pasivo, queda por advertir si la ley también da cobertura a aquella mujer que es golpeada, amenazada o coaccionada por otra mujer a la que está unida por un vínculo afectivo aún sin convivencia. Es decir, descartamos en principio las parejas compuestas por dos hombres (porque el sujeto pasivo define a una mujer, aunque sí cabría dentro de la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor) y analicemos qué es lo que acontece en el caso de las parejas formadas por dos mujeres. Ya en el debate en el Congreso LARRAURI se ocupó de despejar las dudas al respecto, estableciendo que “no se castiga sólo al varón, sino que se puede castigar también a la mujer, y es por ello que las relaciones mujer-mujer caben plenamente dentro de estos tipos penales. No se castiga sólo al varón, no se protege a la mujer en mayúsculas⁹²⁹”.

A nuestro modo de entender la sistemática de nuestro Ordenamiento jurídico hoy, lo que resulta un anacronismo es la obligación de que el autor (en masculino) no deje cabida a la autora cuando el sujeto pasivo sea una mujer, pues desde la aprobación de la del matrimonio homosexual estas parejas son tan “legales” como las heterosexuales, por ello nos resulta importante interpretar correctamente en este punto la ley, pues al fin y al cabo estamos hablando de proteger a las mujeres. Quizás lo más coherente sería

⁹²⁹ LARRAURI, E.; *Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 67*, de 22 de julio de 2004, p. 43. En el mismo sentido LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho judicial, IX, CGPJ, 20007, p. 56

introducir un lenguaje que “sin perder las cuestiones de género, poder y control, incluya a las parejas del mismo sexo y al contexto cultural de los grupos minoritarios⁹³⁰”.

De esta manera se facilitaría su enjuiciamiento en la práctica, así estamos de acuerdo con la sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander que condenó a una mujer que insultó y agredió a su esposa de la que se estaba separando, a la pena de siete meses de cárcel⁹³¹. Esta pena sería más difícil de aplicar en el caso de haber sido un hombre el que realiza estos comportamientos sobre su pareja hombre, ya que quedan fuera del alcance de los delitos de las agravantes de género, sin embargo la ley parece más ambigua cuando se refiere a parejas mujer-mujer, pues de *lege data* el sujeto pasivo debe ser una mujer, lo que no está tan claro es que el sujeto activo pueda serlo. Referido a este caso LORENTE ACOSTA, actual Delegado del Gobierno en materia de violencia de género, considera <un error clasificar la agresión entre mujeres como violencia de género⁹³² puesto que “en un matrimonio formado por dos mujeres puede haber una relación de poder, como en tantos ámbitos de la vida, pero no se trata de una situación de desigualdad histórica que genera violencia y que tanto los hombres como las mujeres acaban considerando normales. La diferencia está en el origen. Lo que pretendemos combatir con la ley es la normalización de la superioridad de un sexo sobre otro⁹³³”. Por lo que conceptualmente, señala ACOSTA, la sentencia es un error al entremezclar los conceptos de violencia doméstica y de género⁹³⁴.

⁹³⁰ SANZ MULAS, N.; “Título IV, tutela penal”, en SANZ MULAS, N.; GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.; MARTÍNEZ GALLEGU, E.; *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, 2005, Madrid, p.165.

⁹³¹ CEBERIO BELAZA, M.; El País, 11 de Junio de 2009, “Condenan como violencia de género una agresión en un matrimonio de mujeres. La acusada ha sido condenada a siete meses de cárcel por insultar y agredir a su esposa” (En esta misma nota de prensa puede consultarse la sentencia).

⁹³² El País, 12 de junio de 2009, “Lorente: <Es un error considerar violencia de género la agresión entre mujeres>. El Delegado del Gobierno para la Violencia de Género considera que el maltrato es, por definición, el que ejerce el hombre hacia la mujer”.

⁹³³ CEBERIO BELAZA, M.; El País, 12 de Junio de 2009, “Condenada una mujer por violencia sexista hacia su esposa”.

⁹³⁴ El País, 12 de junio de 2009, “Lorente: <Es un error considerar violencia de género la agresión entre mujeres>. El Delegado del Gobierno para la Violencia de Género considera que el maltrato es, por definición, el que ejerce el hombre hacia la mujer”.

Sin embargo el propio TC ha asegurado que la interpretación en todo caso de los sujetos activos hombres y los sujetos pasivos mujeres de manera inamovibles es sólo una de las varias interpretaciones posibles, para acabar afirmando “que la autoría necesariamente masculina del delito es fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, ya que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito⁹³⁵”. Sin embargo, desde un sector de la doctrina se manejan ácidas críticas a la ampliación de sujetos activos femeninos; en primer lugar porque genera un agravio comparativo, pues en estos casos se “protege a la mujer porque sí, pero no porque conste probadamente que se encuentre en una posición de mayor desvalimiento⁹³⁶” y, en segundo lugar porque con esa extensión de los sujetos activos “el TC echa por la borda todo su exhaustivo y detenido alegato en defensa de la especialidad de la violencia de género⁹³⁷”.

Una vez más, es fundamental dejar claro el punto del que partimos; y es la existencia del Patriarcado como sistema que incentiva la subordinación femenina, pero eso no implica que en el caso concreto las propias mujeres puedan ser en ocasiones sujeto activo de las conductas amparadas bajo ese sistema si sus patrones de conducta o su rol se identifica con el masculino. Es por ello que sí puede haber violencia de género en una relación de noviazgo, y también en una pareja homosexual compuesta por dos mujeres, cuando en una de ellas se dan las características propias de los roles masculinos, por ejemplo ser la sustentadora familiar y controlar de esa manera la vida de la pareja, minusvalorándola o sometiéndola con el ejercicio de violencia. No entramos a definir las relaciones hombre-hombre porque el legislador parece haberlas descartado, ya que el sujeto pasivo de *lege data* es siempre mujer (*cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad*), a no ser que entren a valorarse dentro de la *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*, lo cual analizaremos más adelante ya que esta cláusula no se pone la doctrina de acuerdo en si es una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*. Será objeto de análisis más adelante. Habría que recordar en

⁹³⁵ STC 59/2008 de 14 de mayo en su FJ. 4.

⁹³⁶ POLAINO-ORTS, M.; “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”, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, Barcelona, julio, 2008, p. 31

⁹³⁷ *Ibidem*.

este punto que el género es un aprendizaje, y no sólo tiene que ver con el hecho de nacer hombre o mujer⁹³⁸.

Parte de la doctrina coincide con los postulados del TC en este punto, así ACALE SÁNCHEZ se hace eco de la problemática, ya que “si se piensa por un momento en la pareja de mujeres en la que una de las esposas – que se ha identificado en el seno de dicha relación lésbica con el <sexo fuerte>- haya asumido el rol masculino de la pareja y someta a actos de violencia a su esposa por ser mujer, este supuesto de discriminación por razón de género quedará por fuera de la norma⁹³⁹”. Para evitar tener que acudir a esta interpretación MARTÍNEZ GARCÍA hecha en falta una mención expresa a esta realidad social de “las parejas de homosexuales, cuyos presumidos roles de pareja les permite desarrollar el papel de sujeto activo y pasivo del nuevo delito de lesiones y malos tratos, dirigidos estrictamente a la mujer y esposa⁹⁴⁰”. Estas disyuntivas encierran el problema que supone hablar de la Mujer (en mayúscula) o de mujeres (en general) sin tomar en consideración a las mujeres con sus distintas realidades⁹⁴¹, ya que el Derecho penal tradicionalmente ha creado un prototipo de mujer y ha dejado por tanto fuera de lugar a todas aquellas que se salen de tales parámetros, ¿es ese el caso de las mujeres homosexuales? Pareciera que no, y que en realidad deben entrar a formar parte también de la especial protección que en este caso otorga la ley penal.

⁹³⁸ En este sentido ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 125, critica que la LOMPIVG “si bien define la violencia contra la que quiere luchar como violencia de género, parte de un presupuesto puramente sexual para levantar dicha definición: el sexo biológico de las personas implicadas, ignorando que la violencia de género tiene un indudable carácter cultural, que se aprende”.

⁹³⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 124

⁹⁴⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 321.

⁹⁴¹ SMART, C.; “La mujer del discurso jurídico” en LARRAURI, E. (Comp.); *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Editorial s. XXI, Madrid, 1994

3. LOS SUBTIPOS AGRAVADOS Y ATENUADOS

Al igual que en el delito analizado en el capítulo anterior que versa sobre la violencia doméstica o mejor, cuasi-doméstica, en el grupo de delitos específicos retocados por LO 1/2004, los delitos de género, ven introducida en su regulación unos supuestos agravados que se repiten con los del anteriormente mencionado art. 173.2, es decir; *a)* cuando los actos delictivos en cuestión se perpetren en presencia de menores, *b)* cuando se lleven a cabo utilizando armas, *c)* cuando se realicen en el domicilio común o en el de la víctima, o *d)* cuando se realice quebrantando una de las penas contempladas en el art. 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Por lo que aunque haremos mención a algunas cuestiones individuales de estos delitos, podemos referirnos aquí a lo que se expuso en el anterior capítulo.

Dichas circunstancias no han sido incluidas ni en el art. 148. 4 y 5 CP ni el art. 468.2 CP. Prescindiendo de estos delitos, puede afirmarse que sí están previstas en los demás tipos de las agravantes de género, con la excepción de la que dispone agravación por uso de armas, pues no está prevista en el art. 171. 4 y 5, ni el art. 172.2. Aunque tal supuesto agravado sí se precise en el art. 153.3 CP. Veamos caso a caso los tipos y las incoherencias a las que nos puede llevar este análisis legislativo.

El **art. 153. 3** CP refiere la aplicación del tipo en la *mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

De igual manera se pronuncia el **art. 171. 5 en su último párrafo**, que a modo de cláusula de cierre de ese apartado se refiere a la imposición de las penas previstas en los apartados **4 y 5** en su mitad superior en caso de que concurra alguno de esos supuestos; *en presencia de menores, en el domicilio común o de la víctima o quebrantando alguna de las penas contempladas en el art. 48 CP.* En este caso, son tres y no cuatro las agravantes que llevan aparejada la aplicación de la pena en su mitad superior (no se agrava la pena en caso de amenazar utilizando armas).

La redacción de los tipos del **art. 171.4. CP** es la siguiente;

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, etc.

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

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo.

Lo que llama la atención en este punto es que se omite (en el art. 171.4 y 5 CP) la agravación de la conducta de las amenazas leves cuando éstas se llevaren a cabo usando armas, cuestión comprensible cuando se trata del art. 171.5, pues la propia acción allí tipificada describe la amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos (a cualquiera de las personas del art. 173.2 CP), por lo cual, volver a valorar el uso de armas sería incurrir en el *non bis in idem* (art. 25 CE). Pero más difícil resulta justificar esa omisión en el análisis del supuesto agravado en el art. 171.4, (que es la que sostiene la agravante de género) pues el comportamiento consiste en amenazar de modo leve, sin mención alguna al uso de armas, omisión que parece injustificada. Pero la gran incoherencia es que establece una pena de privación a la tenencia y porte de armas, por lo que en este precepto sí tendría sentido la inclusión del supuesto agravado en caso de que las amenazas leves predispuestas por el tipo se lleven a cabo usando armas. Resulta una incoherencia no presuponer en el comportamiento típico el uso de las mismas pero sin embargo sí estableciendo como consecuencia la prohibición de su uso.

Además, en cuanto a la valoración de la gravedad de las conductas, esa ausencia de tipificación del uso de armas cuando se trate de amenazas leves a la esposa, y sin embargo se tipifique cuando esas amenazas vayan a alguna de las personas del 173.2 va contra el propio espíritu de la ley, al no proteger a las mujeres de las amenazas leves con armas pero sí al resto de las personas del ámbito cuasi-doméstico.

Igual crítica puede hacerse del **art. 172.2 tercer párrafo CP** que regula las coacciones leves a quien sea o haya sido mujer, etc sin hacer alusión a la utilización de armas, ni tampoco estableciendo una agravante específica en el caso de que se llevaren

a cabo, es decir, incorpora la pena en su mitad superior, en caso de que esos hechos se perpetren en presencia de menores, o en el domicilio común o de la víctima y en caso de hacerlo quebrantando una pena del art. 48 CP (no si se hace utilizando armas).

De la misma manera que se prevén estas agravaciones, también el legislador incorpora una cláusula que permite al juez o tribunal, *en atención a las circunstancias personales del autor y las que concurran en la realización del hecho en cada caso y siempre que vaya razonado en la sentencia*, puede aplicar la pena inferior en grado. Esta cláusula está prevista en los artículos 153, 171 y 172 del código penal⁹⁴². Para CAMPOS CRISTÓBAL son “cláusulas que en el fondo lo que hacen es delegar en los jueces la facultad de determinar lo que es o no es violencia doméstica, con la evidente inseguridad jurídica que ello comporta⁹⁴³”. Por tanto, al igual que existen subtipos agravados en todos los tipos penales que a continuación analizaremos, con excepción del art. 148. 4 y 5, en los restantes tipos delictivos, es decir, en los artículos 153. 4, 171.6 y 172.2, en el último párrafo de todos ellos se establece que *no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y en las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado*.

Estas cuestiones tendrán su efecto en sede de concursos, pues en caso de concurrir varios de los comportamientos allí descritos se deberá tomar en consideración tan sólo una vez cada agravante o atenuante para evitar el prohibido *non bis in idem*.

4. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO REQUERIDO POR EL TIPO

En primer lugar queremos aclarar que, aunque este análisis de las cuestiones comunes haya quebrado de alguna manera la sistemática propia de la teoría del delito, justificamos tal hecho en base a no repetir (posteriormente) en cada delito algo que les es común a todos. De esta manera una vez justificado por qué analizamos ahora el tipo subjetivo, clarificar que antes de comprobar si hace falta un especial elemento subjetivo,

⁹⁴² CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 268.

⁹⁴³ Ibidem, p. 273.

debemos afirmar que los tipos que en este capítulo se van a tratar son de comisión dolosa y no se predica de ellos, por imposibilidad material su comisión culposa.

Ya desde la redacción manifestada en 2003, cuando se elevaron las conductas de malos tratos ocasionales a delito, parte de la doctrina manifestaba que “lo verdaderamente decisivo y propio de estas relaciones era el sentimiento de posesión y dominio que uno de los miembros de la pareja experimenta respecto del otro⁹⁴⁴”. Por lo que habría que plantearse si realmente podría exigirse un especial ánimo, o al menos, un especial elemento subjetivo requerido por el tipo. Cuestión que se complica con las nuevas agravantes específicas de 2004, pues ya no sólo se agravan los tipos según pertenezcan o no al círculo del 173.2 CP sino que se establece la agravación en función de que el sujeto pasivo sea una mujer y el sujeto activo un hombre, por ejemplo en el art. 153.1 CP. Por eso, su forma de comisión es dolosa (los delitos de lesiones imprudentes se regulan de manera expresa en el art. 152 CP en caso de imprudencia grave, y por el art. 621 CP si la imprudencia fuera leve). Tras un periodo de acumulación de tensión es probable que se de la explosión violenta si tomamos de referencia una vez más el ciclo de la violencia de WALKER. El problema surge cuando hay que indagar sobre las intenciones del agresor⁹⁴⁵, lo cual nos puede llevar al terreno de las presunciones, e incluso al Derecho penal de autor. Por eso no se trata de comprobar las intenciones del agresor, sino de tomar en consideración el contexto en el que esos malos tratos tienen lugar, eso es, el Patriarcado, por eso lo importante no es la intención del agresor sino el resultado que sufre la víctima⁹⁴⁶ en este contexto.

Respecto de las amenazas leves también serían de comisión dolosa, pues la persona que amenaza lo hace con seriedad, que es una característica esencial de la amenaza; ha de ser proferida con la finalidad de, y de forma tal que el destinatario de la misma la

⁹⁴⁴ LAURENZO COPELLO, P.; “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en *SERTA, In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 833

⁹⁴⁵ MAYOR TEJERO, C.; “La aplicación real de las normas sobre violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 385.

⁹⁴⁶ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153.1 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 25

crea real, aunque su autor esté decidido a no llevar a cabo el mal anunciado⁹⁴⁷, por lo que difícilmente la consecución de un fin puede llegar a casar o establecerse mediante un comportamiento culposo o imprudente.

Respecto de las coacciones, su comisión también es dolosa, llegando incluso a ser necesario que el sujeto activo consiga mediante la violencia ejercida que el sujeto pasivo realice o deje de realizar su acción conforme a la voluntad de aquel, no siendo suficiente para la consumación ejercer la violencia sin llegar al resultado pretendido que no es otro que el sujeto pasivo realice lo que no quería o no realice lo que quería, estimándose en ese caso la tentativa del delito de coacciones⁹⁴⁸.

Por otro lado habrá que recurrir a una interpretación integradora y sistemática del sentido y finalidad de la ley, y así deducir que todos los delitos que contienen la agravante específica de género se encuentren sometidos al influjo del art. 1.1 de la LO 1/2004 que establece que se actúa *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*, aunque en realidad y de *lege data*, ese objetivo no se describa específicamente en cada uno de esos tipos.

Ante esta interpretación sistemática, faltaría por aclarar la naturaleza jurídica de la agravación, es decir, si esa mayor cantidad de pena se corresponde con un mayor desvalor de acción o de resultado. En nuestra opinión, la cuestión es si ese art. 1.1 implica un mayor desvalor de la acción, y si es así, si debe considerarse un especial ánimo (el de discriminar) el contenido en este artículo introductorio de la Ley o simplemente serían características propias de este tipo de violencia.

⁹⁴⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATA LLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 46.

⁹⁴⁸ *Ibidem*, p. 50.

Ya el CGPJ se pronunció respecto de las relaciones de dominación que subyacen a la tipificación de los delitos de género, pero alegando que “esa relación de dominación no es equivalente al binomio hombre/mujer. Por eso la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante⁹⁴⁹”. También en el informe se alegaba que; “si en realidad lo que se hace es presumir que toda agresión contra una mujer viene presidida por esa presunción normativa de que se agrede con esos fines o por razón de esos objetivos, entonces en lo penal, se está recreando un Derecho penal de autor⁹⁵⁰”. Al contrario se pronunciaron algunos miembros del propio GCPJ que formularon voto particular a dicho informe, así Montserrat Comas D’ Argemir i Cendra y D. Félix Pantoja García formularían votos concurrentes aparte en los que llaman la atención sobre la introducción del elemento intencional en la definición alegando que “causa desconcierto el ataque en este punto cuando el código penal que todos conocemos, o deberíamos conocer, está plagado de delitos en los que la intención o el propósito entra dentro de la tipicidad y según que la intención o el propósito sea uno u otro el tipo penal cambia y la pena también⁹⁵¹”.

Por su parte el FGE en su escrito de alegaciones de 24 de octubre de 2005, ubicado dentro de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 153.1 CP de la STC 59/2008 de 14 de mayo, estimó que el sexo de los miembros de una relación de pareja carecen en realidad de la neutralidad que se pretende por los críticos con los tipos

⁹⁴⁹ Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004. Ver el estudio que el CGPJ hace de la p. 16. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=1904&Download=false&ShowPath=false>

⁹⁵⁰ Ibídem, p. 29-30. También la doctrina se ha pronunciado, MENDOZA CALDERÓN, S.; “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 del Código Penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 150 apoya que en realidad se trata de una presunción normativa

⁹⁵¹ Voto particular al Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del CGPJ, p. 22 y en la p. 35 donde se llega a pedir que los preceptos penales incorporen el especial propósito buscado por el autor, es decir; en el art. 171.4 CP “el que con el propósito de favorecer la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres amenaza de modo leve a quien sea o haya sido...”. En el caso del art. 171.5 Cp “el que con el propósito de favorecer la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres de modo leve amenaza con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a que se refiere...”, etc. Encontrar en <http://www.juecesdemocracia.es/cgpi/2004/Junio/VOTO%20PARTICULAR%20VOCALES%20GRUPO.pdf>

penales de género, y en realidad el Fiscal General fundamenta esa diferencia de pena en un plus de antijuricidad al ser la manifestación de las relaciones de poder y sometimiento de los hombres a las mujeres, que actúan desconociendo los derechos más elementales de éstas⁹⁵².

Desde la doctrina feminista, se ha criticado que se considere el art. 1.1 de la Ley como un elemento subjetivo del tipo que deba probarse en cada caso, porque entonces estaríamos ignorando que esas cualidades a las que alude la ley “no son más que elementos definitorios de esa clase de violencia que llamamos violencia de género y no criterios destinados a valorar ánimo específico alguno por parte de quien lo ejerce⁹⁵³”. Incluso dentro de la exposición de motivos de la Ley al definir la violencia de género establece que *se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión*. Sencillamente el legislador responde con una protección especial ante una situación que describe un mayor riesgo⁹⁵⁴. Es por eso que si aceptamos la existencia del elemento subjetivo, ¿estaríamos aceptando que los delitos de los artículos 153.1, 171.4 y 172.2 se aplicarían como faltas del 617 o 620 cuando no se desprendiera de las conductas ese ánimo de dominar? parece que sí, o en todo caso el 153.2 o el 171.5 CP cuando ocurran en el ámbito cuasi-doméstico.

Sin embargo, afirmar que son características propias de la violencia es concebido por otra parte de la doctrina como un riesgo para algunos de los principios

⁹⁵² Escrito del Fiscal General del Estado en contestación al Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el art. 153.1 CP, en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género por vulnerar los artículos 10, 14, 24.2 de la CE: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo, resuelto mediante STC núm. 59/2008 de 14 de mayo.

⁹⁵³ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista Penal*, núm. 16, julio 2006, La Ley, p. 179. La autora se basa en la Circular 4/2005 FGE que afirma que “la definición del Anteproyecto que contenía un específico elemento subjetivo de difícil prueba como era la utilización de la violencia con determinados fines, fue sustituida, en la línea propuesta en los informes consultivos, por una definición descriptiva de las circunstancias que subyacen en la violencia de género, tales como la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales”.

⁹⁵⁴ *Ibidem*.

democráticos, pues supone estimar el dogma de fe de algunas feministas en su versión más fundamentalista, en el sentido de que siempre que se produce un ataque de un hombre a una mujer se presume que sea una manifestación de machismo⁹⁵⁵. Por ello, esta parte de la doctrina penal sólo aplicaría tales agravaciones haciendo uso de una “interpretación teleológica que lleva a aplicar el tratamiento penal únicamente en los casos en los que concurren verdaderamente los elementos de discriminación, subordinación y dominación de la mujer que caracterizan a la violencia de género, tal y como la define el art. 1 de la Ley Integral: donde no concurren esos presupuestos no podrán aplicarse las agravaciones⁹⁵⁶”

Seguir una u otra interpretación no es una cuestión baladí pues la falta de sistemática que refleja la reforma respecto del art. 1.1 de la Ley con las reformas que de los delitos de la parte especial del código, ya ha generado problemas en la aplicación judicial. Hay experiencias piloto en algunas Audiencias Provinciales que se resisten a aplicar los delitos específicos de lesiones, amenazas, etc., cuando no se prueba el machismo⁹⁵⁷, es decir, a comportamientos que no responden a un elemento subjetivo, sino que estima son simples riñas entre la pareja. En este sentido la AP de Barcelona no aplica delito de violencia de género del 153.1 cuando “se produjo una pelea mutuamente aceptada en la que ambos se agredieron, ella le increpó y propinó una bofetada y él respondió cogiéndola del brazo y tirándole del pelo⁹⁵⁸”. Es por eso que el FJ. 3 se resalta “que los hechos probados describen una pelea con resultado lesivo que no merecen la pluspunción otorgada por el legislador en materia de violencia doméstica, por tanto si bien los hechos en modo alguno resultan atípicos (como parece entender el recurrente), lo cierto es que deben calificarse de acuerdo con el Derecho penal general, puesto que no nos encontramos ante un acto de dominación o machismo del miembro más fuerte sobre el más débil –sea hombre o mujer- sino que en este caso concretamente

⁹⁵⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E.; “La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional”, *El Mundo*, 16 de junio de 2008.

⁹⁵⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 500.

⁹⁵⁷ *El País*, 1 de noviembre de 2009, “El machismo, ¿tiene que probarse? Al menos cinco audiencias provinciales dejan de aplicar la norma de violencia de género cuando entienden que el hombre no pretendía ejercer dominio sobre la mujer”.

⁹⁵⁸ SAP Barcelona (Sección 20ª), núm. 626/2009 de 27 de abril, FJ. 2.

examinado se produce una pelea física entre una pareja que se arremete mutuamente, en igualdad de condiciones y por ello esa relación entre sujeto activo y pasivo del delito no empece al planteamiento expuesto sino que, ante la falta de dominación y conculcación de la paz en el ámbito doméstico, debe conducirnos a degradar a la categoría de falta dichas conductas so riesgo de incurrir en situaciones injustas y más gravosas por el mero hecho de que los miembros que se pelean – en idénticos términos que dos terceros, por ejemplo amigos- , mantengan o hayan mantenido una relación sentimental⁹⁵⁹”.

Como adelantábamos, quienes estiman no probado el machismo, dejará de lado la aplicación del art. 153.1 para aplicar las faltas. En realidad en TS también se ha pronunciado ya al respecto, en un recurso de casación interpuesto por el MF, precisamente a una de las sentencias de la AP de Barcelona⁹⁶⁰. Los hechos probados son los que siguen; en primer lugar, el procesado roció con alcohol por el cuello y brazo a la mujer con intención de menoscabar su integridad física, que necesitó de una operación quirúrgica con injertos cutáneos y 100 días en curar. El segundo de los hechos consistió en recriminar a la mujer por la ropa que llevaba sin dejarle salir así a la calle, acabando en pelea, y en tercer lugar, el hecho fue intentar mantener relaciones contra la voluntad de su mujer iniciándose un forcejeo. Ante estos hechos la AP de Barcelona condenó por un delito de lesiones del art. 150 con agravante de parentesco CP y dos faltas de lesiones⁹⁶¹ por sentencia 360/2007 de 28 de marzo, en la que justifica que no aplica el 153.1 sino falta de lesiones porque argumenta que la aplicación automática del 153.1 no es posible “dado que podrían darse situaciones , como las de pelea en situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja, que nada tendría que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio y que

⁹⁵⁹ SAP Barcelona (Sección 20ª), núm. 626/2009 de 27 de abril. De la misma manera, la propia AP de Barcelona en sentencia núm. 491/2007 de 28 de mayo, tampoco estima la aplicación del 153 pues al igual que en el otro caso, en el FJ. 3 establece que “a partir del relato de hechos probados y razonamientos jurídicos de la sentencia, que no se ha menoscabado ... el bien jurídico protegido que pretende el legislador en la Exposición de motivos de la LO 1/2004 o de la LO 11/2003 y que ha interpretado el TS..., es decir, no se ha perturbado ni deteriorado la paz familiar y tampoco nos encontramos ante una agresión física o psíquica, en una relación de dominio o machismo, del miembro más fuerte sobre el más débil, por ello partiendo del relato fáctico de la sentencia, procederá calificar la conducta de ambos acusados, como constitutiva de sendas faltas de lesiones del art. 617.1 CP”.

⁹⁶⁰ STS 58/2008 de 25 de enero, en contestación a la SAP de Barcelona 360/2007 de 28 de marzo

⁹⁶¹ AP de Barcelona 360/2007 de 28 de marzo

impedirían aplicar la pluspunción contenida en el art. 153.1 por no lesionar el complejo de intereses que dicho artículo trata de proteger”. Sin embargo ante estos hechos concretos, obligar a llevar determinada ropa y obligar a mantener relaciones, no parece que sean ajenos a los parámetros de género y así lo estimó en el recurso el MF y el propio TS pues “la situación de dominio exigible en tales situaciones está sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión”, ya que “ambas situaciones son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales”. El fallo del TS acaba condenando por un delito del 150 y por dos delitos del 153.1 CP⁹⁶².

Aceptar que el art. 1.1 se constituye como un elemento subjetivo específico requerido por el tipo es tanto como considerarlo una presunción⁹⁶³. Por ello, la violencia de los hombres contra las mujeres ocurre como consecuencia de las relaciones de desigualdad y subordinación, motivo por el que “en este sentido puede aceptarse como una presunción, como un hecho considerado significativo sobre el que se establece una verdad que admite prueba en contrario, de un modo análogo a la presunción *iuris tantum* que opera en los supuestos de discriminación⁹⁶⁴”. También para FARALDO CABANA, “el problema surge cuando se prescinde de comprobar la existencia real del fundamento de la agravación en el caso concreto, presumiéndose siempre que el hombre

⁹⁶² STS 58/2008 de 25 de enero. Igual criterio que utilizó en aquella ocasión el TS “la situación de dominio exigible en tales situaciones está sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión” es después recogido por el propio TS en la STS 654/2009 de 8 de junio. El MF interpone recurso de casación ante unos hechos que esta vez la AP de Barcelona estimó como faltas de lesiones mutuas y que el MF califica como delitos del 153.1 para el hombre y del 153.2 para la mujer, porque siguiendo aquel criterio dice el MF que “es evidente que el motivo de la discusión que desemboca en la agresión es determinante, en cada caso concreto para elevar simples faltas a un delito del art. 153 CP, dado que aquel puede reflejar la inadmisibles posición dominante y opresora del hombre sobre la mujer”, por eso estima el MF que las “lesiones que sufrieron ambos acusados deben subsumirse respectivamente en el art. 153.1 y 153.2 CP”, pero en esta ocasión el TS no considera los argumentos del MF desestimando el recurso en ese punto concluyendo que “en el presente caso, no consta que la conducta del acusado, causante de las lesiones leves sufridas por su compañera que el Tribunal sentenciador ha calificado constitutivas de una simple falta del art. 617.1 CP, se produjera en el contexto propio de las conductas machistas, de tal modo que por ello no procediera respecto de él configurar su conducta como constitutiva de un delito del art. 153.1 del CP, resultaría un auténtico contrasentido calificar la agresión de la mujer causante de las lesiones de su compañero como constitutiva de un delito del art. 153.2 CP”.

⁹⁶³ AÑÓN ROIG, M. J.; MESTRE i MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho” en *La nueva ley contra la Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid 2005 p. 55

⁹⁶⁴ *Ibidem*

agrede a su pareja o ex-pareja del sexo femenino, sin admitirse prueba en contrario⁹⁶⁵”. En realidad no se cuestiona la relevancia de los valores constitucionales protegidos por la norma, sino que el problema se encuentra en “su entendimiento como presunciones legales, su explicación exclusiva en razón de sexo y el castigo exasperado en cualquier hipótesis en que entren en juego los sujetos del círculo legal⁹⁶⁶”, cuestión que será desarrollada más adelante (en el capítulo V cuando analicemos el juego de presunciones).

Por eso la doctrina sigue clamando que la mayor gravedad del injusto en la violencia de género tendrá que probarse, es decir “de lo que se trata es de que en el concreto supuesto pueda afirmarse que nos hallamos ante un escenario que constituya expresión de la violencia de género⁹⁶⁷”. Por tanto, encontrar una fundamentación del injusto que de sentido a esa mayor previsión de cantidad de pena ante, en principio, ataques iguales a un mismo bien jurídico puede responderse desde diferentes tesis: a) un mayor desvalor de resultado, b) desde un mayor desvalor de acción y c) desde un mayor reproche de la conducta sostenido sobre la base de un especial ánimo u elemento subjetivo específico requerido por el tipo, como puede ser el sentimiento de dominio o discriminación⁹⁶⁸. Para GONZÁLEZ RUS la fundamentación de la pena más grave no puede resolverse en un mayor injusto, ni tampoco en una mayor culpabilidad, ni por supuesto puede justificarse en una mayor peligrosidad del autor, motivo por el que acaba por dilucidar que el único motivo que puede fundamentar la mayor pena es una simple cuestión de sexo⁹⁶⁹.

⁹⁶⁵ FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 141.

⁹⁶⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad” en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Universitat Jame I, DL, 2007, p. 480.

⁹⁶⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, C.; “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de la constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, p. 15.

⁹⁶⁸ Sobre tal disyuntiva consultar GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 496-497.

⁹⁶⁹ Las explicaciones al por qué no pueden encontrarse en GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en

No negamos que la dominación sea una característica propia de las relaciones de pareja en el sistema social Patriarcal, pero deberá ser probada en cada caso concreto, ya que las riñas entre cónyuges a veces no tienen por qué responder a este contexto de subordinación. Por eso estamos de acuerdo con LARRAURI y afirmamos que habrá que concretar que concurren esos tipos agravados cuando podemos afirmar que el hecho: “1) ocasionó un mayor temor, 2) produjo mayores posibilidades de lesión y 3) se produjo en un contexto de dominación⁹⁷⁰”, pero ello no significa que haya que descifrar un especial ánimo en la persona que actúa. En cualquier caso volveremos a este punto en el último capítulo de este trabajo⁹⁷¹.

A nuestro entender, partimos de que los hechos violentos que puedan llegar a ocurrir en el ámbito de la pareja estén imbuidos de elementos discriminatorios y de subordinación por el contexto bajo el que se dan, pero el problema que se refleja en la descripción del art. 1.1 es que no se atiende con el debido respeto al caso concreto, que sería lo propio tratándose de un Derecho penal democrático, englobando en la generalidad supuestos que no son reflejo de la opresión machista, póngase por caso una disputa normal por cualquier cuestión relativa a la cotidianidad, ya sea una disputa en relación a los hijos, o por cualquier enfado común de una convivencia, que por ser dirigida de un hombre a una mujer llevara en cualquier caso la aplicación de dicha agravante específica. En nuestra opinión, como veremos, la utilización de este elemento deberá contar con la garantía de que el juez lo compruebe caso por caso, porque si no fuere así entraríamos en el terreno de las presunciones, que van en contra del principio de presunción de inocencia, del principio de igualdad y del principio de culpabilidad por el hecho, a no ser como en este caso, que admitan prueba en contrario. Partimos en este trabajo como hemos reflejado en el capítulo I del Patriarcado, pero no por ello todas las disputas de pareja deben desenvolverse dentro de ese ánimo discriminatorio. En verdad, quien así actúa y bajo ese contexto añade a su conducta un mayor desvalor de acción e incluso de resultado, que es lo que se deduce del art.1.1 de la Ley de Género.

relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 497-498.

⁹⁷⁰ LARRAURI, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en INGRET, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, febrero 2009, p. 15.

⁹⁷¹ Ver capítulo Ven el apartado V en el punto 3.

De todas formas ya hay respuesta del TC al respecto y se ha apresurado en desmentir que se trate de una presunción pues en realidad “lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja⁹⁷²”. También en el FJ. 7 de la STC 59/2008 de 14 de mayo, en la que se justifica que “la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostente una posición subordinada⁹⁷³”. Pero no se trata de una prueba diferenciada, así se pronuncia el Magistrado Ramón RODRÍGUEZ ARRIBAS en su voto particular a la STC 59/2008 en el sentido que al tratarse de una agravante específica, su “conurrencia no tiene que ser objeto de una prueba separada de la realizada en conjunto respecto de los hechos denunciados; precisamente en base a los hechos probados y a cuya prueba han de acudir el Fiscal, y en su caso, el Abogado de la Acusación Particular, es cómo el Juez o la Sala han de valorar si se ha acreditado la circunstancia agravante para aplicar el precepto que corresponda, lo que, además permite al juzgador penal, individualizar los casos en que, eventualmente, puede ponerse de manifiesto que no concurre aquel mayor desvalor⁹⁷⁴”. Sin embargo POLAINO ORTS critica la postura del TC, “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*

⁹⁷² FJ 11 de la STC 59/2008 de 14 de mayo.

⁹⁷³ Fundamento Jurídico núm. 7 de la STC 59/2008 de 14 de mayo.

⁹⁷⁴ STC 59/2008 de 14 de mayo, que fue la primera sentencia del TC que se pronunció a favor de la constitucionalidad del art. 153.1 CP en su redacción dada por la LO 1/2004.

foco de peligro (enemigos) incluso cuando no actúen guiados por un ánimo discriminatorio ni machista⁹⁷⁵”.

5. LA OBLIGATORIEDAD DE LA PENA DE ALEJAMIENTO COMO PENA ACCESORIA

Al igual que en el art. 173.2 CP de la violencia habitual cuasi-doméstica, también en estos artículos “de género”, y en virtud del art. 57.2 CP se establece de manera obligatoria para el juzgador la imposición a maltratadores y víctimas del alejamiento forzoso, bien sea como medida cautelar o como pena. Se establece en el tipo que:

Art. 57. 1 CP:

Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

...

*2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados, se acordará **en todo caso**, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo*

⁹⁷⁵ POLAINO-ORTS, M.: “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”, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, Barcelona, julio, 2008, p. 26.

48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

Como ya hiciéramos mención en el capítulo anterior, respecto a la imposición obligada desde la interpretación literal de la letra de la ley, la expresión *en todo caso* hace referencia a imponerla siempre que se trate de delitos descritos en el art. 57.1 CP, es decir, lesiones (art. 148.4 y 5), delitos contra la libertad (art. 171. 4 y 5 y 172.2 CP) y contra la integridad moral (art. 173.2), que como hemos visto describe literalmente el art. 57 CP en su apartado 1. Seguramente estas medidas se tomaron bienintencionadamente para neutralizar el mayor riesgo al que una mujer maltratada se somete en el momento que acude al juzgado, y tratar de disminuir al mínimo las ocasiones en las que víctima y agresor tengan que verse las caras, pero en este intento, que pudiera ser reconocible en un primer momento, deja de lado la voluntad de las mujeres, que acuden al Derecho penal como un instrumento más pero no como un fin en sí mismo⁹⁷⁶, por lo que como analizaremos más adelante, puede convertirse en un flaco favor a los fines de protección pretendidos.

La mayoría de las veces cuando las mujeres interponen una denuncia lo que quieren no es separarse, sino que cese la violencia, pero no tienen por qué prever que esa denuncia derivará en el alejamiento forzoso del maltratador. Cuando pasa la tensión y la explosión violenta las parejas sin embargo se ven obligadas a mantener una distancia. Lo cual resulta contraproducente pues son las propias mujeres las que queriendo ser protegidas por el Estado, pueden acabar siendo cómplices de un delito de quebrantamiento de condena. Esta situación viene a formar parte de las medidas paternalistas de un legislador y un Estado que en su afán protector con las mujeres decide por ellas qué es lo mejor en cada caso. Las implicaciones que derivan de esta medida ya se vieron en el capítulo anterior, pero serán objeto de un análisis político criminal más amplio en el último de los capítulos de este trabajo.

⁹⁷⁶ LARRAURI, E.; ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? en *Ciencias penales, Revista de la Asociación de Ciencias penales de Costa Rica, Septiembre 2004*, Año 16, núm. 22, p. 8 en donde la autora reconoce que la búsqueda de soluciones por parte de las mujeres, entra tantear al derecho penal, pero no visto en sí como un objetivo, sino como un medio más posible para poder cambiar su situación.

6. LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN LOS DELITOS DE GÉNERO, ARTS. 83 Y 88 CP

Los artículos relativos a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad han dejado de referirse a los delitos contra las personas del 173.1 para hacer referencia expresa a los *delitos relacionados con la violencia de género*. En contra de lo que expusimos al mencionar las agravantes de género y la falta de sistemática del artículo 1 de la ley con la parte especial del código penal, y el porqué no incluir la agravante de género en la violencia habitual por ejemplo, hay quienes consideran que tal delimitación sólo a los artículos 153, 171 y 172 es inexacta y que cabe en “todos los delitos violentos, sin bien es cierto que en los más graves difícilmente producirá los mentados efectos penales, ya que la gravedad de las penas imponibles impedirá acudir a las disposiciones relativas a la suspensión y sustitución de penas⁹⁷⁷”. Es por eso por lo que las instituciones de sustitución y suspensión de las penas privativas de libertad tienen un régimen especial en los delitos relacionados con la violencia de género⁹⁷⁸. En este sentido, son las reformas de mayor envergadura dentro de la parte general (libro I del código penal) retocando los artículos 83 y 88 CP, referidos a la suspensión y a la sustitución de las penas privativas de libertad. Y la importancia que el sometimiento por parte del maltratador a participar en programas formativos de rehabilitación para la posible concesión de estas instituciones penales⁹⁷⁹.

Pareciera que con las últimas reformas llevadas a cabo en la materia “se han elevado conductas constitutivas de faltas contra las personas a delitos, para proceder a la aplicación de penas de prisión con el fin de que queden suspendidas, en todo caso, además de las medidas de alejamiento, el agresor en los casos de violencia de género, tenga que someterse a alguna de las medidas previstas en el art. 83.5 CP, o que si la

⁹⁷⁷ RAMÓN RIBAS, E.; “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica”, PUENTE ABA, L. M.; (Dir.), *La respuesta penal de la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010. p. 48

⁹⁷⁸ Recordemos que los delitos de violencia de género son aquellos que se establecen en el art. 1. 3 de la LO 1/2004, por lo que nos estaríamos refiriendo a *todo acto de violencia física o psicológica*, (es decir, a los arts. 153 y 173) *incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad*.

⁹⁷⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 412.

pena de prisión puede sustituirse se tenga que imponer además, la sujeción a programas específicos de educación o tratamiento psicológico. Estas medidas, que sí pueden ser razonables en la comisión de delitos graves relacionados con la violencia doméstica, implican que ante un hecho objetivamente leve desde la responsabilidad penal por el hecho cometido, como puede ser una sola bofetada, se haya procedido de esta forma para proseguir un razonamiento que busca poder imponer pena de prisión, para después poder suspenderla o sustituirla bajo unas férreas condiciones determinadas por el propio legislador, en una presunción de que el agresor es un futuro maltratador habitual que debe ser obligatoriamente sometido a tratamiento a través de un rebuscado sistema penal que concuerda más con un Derecho penal de autor, que por una responsabilidad penal por el hecho⁹⁸⁰”, técnicas que como veremos más adelante podrían acercarse al Derecho penal simbólico. Algo más optimista respecto de estas condiciones para poder sobre todo suspender las penas privativas de libertad es LAURENZO COPELLO, pues al menos supone un ensayo de alternativa al Derecho penal⁹⁸¹.

Por tanto, como apunta el sentido literal de estos artículos y la doctrina, la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género tiende, en relación a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, “por un lado, a condicionar la suspensión de la pena, al cumplimiento no sólo de las obligaciones de no acudir a determinados lugares o aproximarse a la víctima, sino también a la de participar en programas de reeducación y tratamiento psicológico (art. 83 CP) y, por otro, a impedir que la pena de prisión de uno de estos delitos sea sustituida por la pena de multa (art. 88)⁹⁸²”, por los inconvenientes ya apuntados respecto del régimen de gananciales propio de muchas familias españolas.

⁹⁸⁰ MENDOZA CALDERÓN, S.; “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 157

⁹⁸¹ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la ley integral: valoración político criminal”, en Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, núm. 7, 2005, p. 8 y 6 nota al pie número 22.

⁹⁸² CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 266.

Por eso, además de la pena privativa de libertad, también la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es una pena de especial relevancia en la aplicación de estos delitos de violencia de género como ahora comprobaremos. Esta pena se define en el art. 49 CP y su característica principal es que no podrá imponerse sin el consentimiento del penado. En cuanto a su ejecución se regula por Real Decreto 515/2005 de 6 de mayo, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Toma especial importancia esta pena en la institución de sustitución de las penas privativas de libertad en los delitos de género, porque va a ser muy aplicada debido a la escasa lesividad de las conductas recogidas en los llamados delitos de género⁹⁸³, ya que: en caso de sustitución de las penas privativas de libertad que no excedan de un año y excepcionalmente las penas que no excedan de dos años, según el art. 88.1 CP último párrafo se establece la obligación para el juez (establecida por la LO 1/2004) que *en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad*⁹⁸⁴. En estos supuestos el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones y deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del art. 83 de este código.

6.1. Suspensión

El art. 83. 1, 6ª en su segundo párrafo exige que si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª (*prohibición de acudir a determinados lugares*), 2ª (*prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos*) y 5ª (*participar en programas formativos laborales, culturales,*

⁹⁸³ El art. 148.4 establece una pena de prisión que va desde los dos a los cinco años, el art. 153. 1 prevé una pena de prisión de seis meses a un año; el art. 171. 4 prisión de seis meses a un año; el art. 171.5 establece una prisión de tres meses a un año.

⁹⁸⁴ Este apartado es reformado por LO 5/2010 de 22 de junio de Modificación del código penal, y ha añadido también la pena de localización permanente como medida para poder sustituir la pena de prisión en los delitos relacionados con la violencia de género como veremos.

de educación vial, sexual y otros similares) de este apartado, que como afirma la Circular 4/2005, ésta última se constituye como una “regla de conducta cuyo objeto no contempla, como las dos primeras, la protección de la víctima sino la formación del autor del delito a través de su participación e intervención obligatoria en diferentes programas⁹⁸⁵”.

Exigir el cumplimiento de las reglas de conducta de los apartados 1ª, 2ª y 5ª tiene la finalidad de “asegurar que el sujeto no vuelva a delinquir, favorecer su resocialización y la eliminación de factores criminógenos⁹⁸⁶”, por ello hay para quienes tiene sentido que se impongan tales obligaciones⁹⁸⁷. Por tanto las dos novedades importantes introducidas en materia de la sustitución de las penas privativas de libertad respecto de la LO 1/2004, que son; *a*) la ampliación del elenco de las obligaciones o deberes, destacando la recogida en el apartado 5º (participar en programas formativos); y *b*) la modificación del elenco de delitos a los que aplicar las nuevas obligaciones, que pasan del art. 153 y 173.2 CP a los delitos relacionados con la violencia de género⁹⁸⁸, es decir, a todos aquellos que se enumeran en el art. 1.3 de la LO 1/2004. Lo que en principio sería una ampliación de delitos acaba siendo una reducción en la aplicación de esas obligaciones puesto que se “se constata una reducción de los supuestos en los que debe imponerse obligatoriamente en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad el cumplimiento de las reglas de conducta núms. 1, 2 y 5, en atención al sujeto activo de esta clase de comportamientos⁹⁸⁹”.

Aunque esta es la situación objetiva, analizaremos de manera crítica también la inclusión de estas medidas, que no negamos sean bienintencionadas, pero que pueden llegar a anular el espíritu de la Ley, es decir, que pueden no favorecer la vida y desarrollo de derechos de las mujeres.

⁹⁸⁵ Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁹⁸⁶ RUEDA MARTÍN, M. A.; “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, 2006, p. 295.

⁹⁸⁷ Ibidem.

⁹⁸⁸ Idem, p. 295- 296.

⁹⁸⁹ Idem, p. 296.

El art. 84.3 CP establece la revocación de la suspensión en caso de incumplimiento de alguna de esas condiciones o reglas de conducta impuestas, con lo que queda descartado que el incumplimiento del alejamiento en estos casos vaya por la aplicación del delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP además expresamente este último artículo se refiere a penas accesorias, medidas de seguridad y medidas cautelares, sin incluir las reglas de conducta asociadas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. En realidad éste es un régimen más severo que el establecido para el caso de infligir durante el plazo de suspensión en otros delitos, en los que en vez de revocar directamente la suspensión se permite al juez; *a) sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta, b) prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años, y c) revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el cumplimiento fuera reiterado*⁹⁹⁰.

6.2. Sustitución

El **art. 88.1 ap. 3** CP introducido por la LO 1/2004 prevé para poder sustituir la pena en caso de los delitos cometidos de violencia de género, el juez además de imponer el *tratamiento del agresor*, debe atenerse a las medidas impuestas en el art. 83. 1, 1º (la *prohibición de acudir a determinados lugares*) y 2ª (la *prohibición de aproximación o comunicación*). Literalmente el precepto establece que *en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad*⁹⁹¹. *En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del art. 83 de este código.*

La diferencia con respecto de la regulación anterior (LO 15/2003), es que mencionaba los sujetos descritos en el art. 173.2 CP, y la nueva regulación (de 2004) lo

⁹⁹⁰ **Art. 84.2 CP** deja más opciones que para el caso de delitos relacionados con la violencia de género cuyo régimen establece el **apartado 3** del mismo artículo.

⁹⁹¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del código penal, publicada en el BOE núm. 152, el miércoles de 23 de junio de 2010 retoca este artículo añadiendo para el caso de los delitos relacionados con la violencia de género, no sólo sustituir la pena privativa de libertad por trabajos en beneficio de la comunidad, sino **también por localización permanente en lugar distinto y separado del de la víctima.**

ha sustituido por la de delitos contra la violencia de género. Es decir, el único cambio con respecto a la LO 15/2003 es que ésta comenzaba su apartado 3 del art. 88.1 con *en el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el art. 173.2 de este código...*, y hoy comienza con “en caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género”, pero el resto del apartado coincide literalmente con el de la LO 1/2004. Para RUEDA MARTÍN, tal sustitución del art.173.2 por los delitos de violencia de género supone una reducción del ámbito de lo punible, restringido en función del sujeto pasivo, motivo por el que si no se trata de delitos de violencia de género sino de delitos relacionados con el art. 173.2 la consecuencia es que reaparece la posibilidad de sustituir la pena de prisión que no exceda de dos años por la pena de multa “cuando se trate de delitos que supongan el ejercicio habitual u ocasional de violencia doméstica, afectiva o similar y que no supongan violencia de género a tenor del art. 1 de la LO 1/2004⁹⁹²”.

Más allá de tratar de no penar con multa a los agresores domésticos o de género, con el fin de no acabar por perjudicar a las propias mujeres, pues como ya hemos mencionado en otra parte de este trabajo (Capítulo II), en España la mayoría de los regimenes matrimoniales se rigen por el de bienes comunales, por lo que multar al autor acabaría repercutiendo en el régimen de pensiones y en la excusa para no pagar. Dificultades que serán puestas de manifiesto desde las faltas de maltrato de los artículos 617.2 y 620 con respecto a la pena de multa regulados por LO 14/1999. Quizás fuere ese uno de los motivos por los que dejó de preverse esa alternativa en casos de violencia de género, y comenzaron a estimarse las penas de trabajo en beneficio de la comunidad⁹⁹³.

En resumidas cuentas, tras revisar el régimen de las alternativas a la prisión no se entiende por qué para suspender la pena de prisión se exigen tres obligaciones, y por

⁹⁹² RUEDA MARTÍN, M. A.; “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, 2006, p. 297-298, alertan respecto de las penas de multa estipuladas en los arts. 617 y 620 CP.

⁹⁹³ Críticamente respecto de la utilización de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad para los casos de violencia de género, BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; “La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad como respuesta a la violencia de género”, PUENTE ABA, L. M.; (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política Criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010, p. 227-230.

qué para sustituir, son dos, aunque en el último párrafo se exija al Juez además de imponer esas dos obligaciones, la tercera correspondiente al tratamiento. El informe de expertos del CGPJ correspondiente al año 2006 criticaba que no se hubieran unificado los criterios de imposición en una y otra institución, coincidiendo las previstas en el art. 83.1 1ª y 2ª, pero además se exige en el caso de la sustitución el sometimiento a “programas específicos de reeducación y de tratamiento psicológico que posibilitan un mejor tratamiento de las causas que han generado el delito, mientras que en los supuestos de suspensión, sólo se prevé el seguimiento de programas formativos, de menor incidencia en aquellas⁹⁹⁴”.

En cuanto al tratamiento, no vale sólo imponer, sino que hay que atender a qué tipo de tratamiento porque habrá que atender a las necesidades del caso concreto. Y sobre todo si es una de las condiciones para lograr la suspensión y la sustitución y así evitar la pena privativa de libertad y permitir por tanto la convivencia entre víctima y agresor, no se entiende porqué vuelve a estar presente la concurrencia de la pena de alejamiento⁹⁹⁵. En aras a respetar la decisión de aquellas mujeres que, aunque denuncian malos tratos, o se ven inmersas en un procedimiento penal iniciado al margen de su voluntad, quieren seguir con su relación de pareja, estas instituciones facilitan esa posibilidad. Sin embargo el alejamiento vuelve a ser la medida protagonista (recordemos todo lo mencionado respecto del art. 57.2 CP) impidiendo en todo caso esa posibilidad. Como decíamos estos problemas que derivan de este régimen especial en las alternativas será objeto de análisis más profundo en el siguiente capítulo.

⁹⁹⁴ Informe del Grupo de expertos en Violencia doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, 2006, p. 8-9

⁹⁹⁵ FARALDO CABANA, P.; “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 748. Sobre estas medidas volveremos más adelante, concretamente en el capítulo V como reflejos de una política de Tolerancia cero.

II. LAS LESIONES AGRAVADAS DEL ART. 148.4 Y 5 CP

1. FUNDAMENTO

En el art. 148 en sus apartados 4 y 5, de nueva creación por LO 1/2004 se establece que *las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior*⁹⁹⁶ *podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:*

4. *Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

5. *Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

Forma parte del grupo de delitos a partir de 2004 de los denominados delitos de género, pues es reformado de la manera señalada por dicha ley.

El art. 148 CP supone una forma de agravación potestativa del delito básico de lesiones en función del resultado causado o del riesgo producido⁹⁹⁷ en atención a la víctima del delito, si es *la esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia* o si se trata de *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*. En realidad, la aplicación de las agravaciones establecidas en este artículo “no tiene lugar automáticamente, sino que resulta potestativa en tanto en cuanto el tribunal valore la concurrencia de uno de los supuestos del art. 148 como determinante de una mayor gravedad de la conducta⁹⁹⁸”, en atención al resultado causado o al riesgo producido. En este sentido, la propia Circular

⁹⁹⁶ Se refiere al **art. 147.1** regulador de las lesiones básicas que establece que “*el que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

Con la misma pena será castigado en que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código”.

⁹⁹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATA LLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 39.

⁹⁹⁸ DELGADO MARTÍN, J.; *Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Comentarios, Jurisprudencia, Instrumentos Internacionales, esquemas explicativos, normativa complementaria, recursos web, bibliografía*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2007, p. 108

4/2005 establece que “los señores y señoras fiscales, por tanto, tendrán en consideración, para la aplicación del subtipo agravado la entidad del resultado causado o riesgo producido, sin que la concurrencia del mero dato subjetivo cualificador de la víctima genere la automática subsunción en el art. 148 CP⁹⁹⁹”.

En realidad, las lesiones que ejercidas ante cualquier sujeto, por su entidad deberían ser constitutivas del delito de lesiones por requerir además de una primera asistencia, tratamiento médico-quirúrgico, y pasan a ser ahora siempre lesiones agravadas del 148 en atención a la entidad del riesgo causado o riesgo producido cuando concurren los sujetos activos y pasivos exigidos por el tipo, que simplificando podría decirse hombre el primero y mujer la segunda.

2. ANÁLISIS

2.1. Tipo objetivo

A) Conducta

La LO 1/2004 de 28 de Diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género motivó una reforma en los delitos de lesiones, concretamente en el art. 148, cuyo punto 4º desde entonces va referido a las lesiones del artículo anterior pero en el caso de que *la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*. Si concurre esta especial condición en los sujetos de las lesiones del art. 148 CP, es decir *el que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, y atendiendo a la entidad del resultado causado o del riesgo producido será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de dos a cinco años*, en vez de seis meses a tres años (del 147) lo cual supone un aumento considerable. En función de lo que acabamos de describir puede afirmarse que el código en este caso ante unos mismos hechos, los descritos en el art. 147 concretamente, en función del resultado o del riesgo producido aplicará una pena privativa de libertad mayor en función de cuáles sean los sujetos que lleven a cabo estas conductas, por tanto se constituye como un tipo agravado de lesiones

⁹⁹⁹ Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

en virtud de que deben concurrir también los requisitos objetivos que deben darse en el tipo básico del 147.1 como son que *se requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

En resumidas cuentas se trata de subrayar que para poder aplicar los tipos descritos en los párrafos 4 y 5 del art. 148 CP debe darse el tipo del art. 147.1 CP pero además tomando en consideración el resultado causado o el riesgo producido en función de los sujetos que intervengan (apartados 4 y 5), de ahí que las penas varían de manera significativa; en el caso del art. 147.1 el marco previsto de pena privativa de libertad va de 6 meses a tres años, y en el caso del 148 puede ir de dos a cinco años.

B) Sujetos

Ya en la parte común vimos que uno de los puntos más polémicos de la reforma de 2004 es el relativo a los sujetos protagonistas más que los comportamientos en sí mismos, de los que resaltamos sus características propias pero no tanto su lesividad. Además de las críticas que se plantean a la agravación de la pena del delito de lesiones por la concurrencia de determinados autores y víctimas, también es objeto de crítica que se presuma *ex lege* que la mujer que sufre un ataque a manos de su pareja se encuentra siempre en una situación de especial vulnerabilidad o de inferioridad, sin que se explique que este nuevo tipo agravado de lesiones se fundamente, según un sector de la doctrina, ni en un mayor injusto ni en una mayor culpabilidad¹⁰⁰⁰, motivo por lo que nos remitimos en este punto a lo establecido en el primer punto de este capítulo porque el apartado 4 del 148 responde a un delito con agravante específica de género.

Igual problemática deriva también del art. 148.5 CP, agravando de igual manera el tipo de lesiones en el caso de que concurra la *especial vulnerabilidad en la persona que conviva con el autor*. La diferencia respecto de la mujer-pareja del apartado 4 es que en este caso se exige de *lege data*, que el sujeto pasivo (especialmente vulnerable)

¹⁰⁰⁰ ALASTUEY DOBÓN, M. C.; “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 61-62.

conviva con el autor, exigencia que no se desliga en el caso de que la *víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

En cuanto a la importancia de la existencia o no de convivencia cuando se trata de matrimonios entre autor y víctima, el tipo penal establece que “la convivencia no es precisa y que el vínculo entre los sujetos puede haber existido en el pasado y no mantenerse en el presente, resulta indiferente que los sujetos vivan juntos o estén separados de hecho o legalmente, que estén divorciados o que se haya declarado la nulidad del matrimonio¹⁰⁰¹”. Y en el caso de mujer víctima unida al agresor por análoga relación de afectividad su interpretación debe hacerse en términos semejantes a los que utilizamos cuando analizamos el art. 173.2, desentendiéndonos de la necesidad de la “estabilidad” (desde la reforma de 2003) y la protección se da aunque no haya convivencia entre los sujetos¹⁰⁰². En cuanto a la especial vulnerabilidad, ésta puede deberse a cualquier causa, ya sea de incapacidad o de dependencia física o psíquica, eso sí, se requiere que esta situación de debilidad sea de cierta entidad al referirse expresamente a “especialmente¹⁰⁰³”.

Otro de los objetos motivo de análisis deben ser las causas de vulnerabilidad en cada colectivo pues no son iguales, es decir, no se puede equiparar a la mujer con el cualquier otro grupo de los sujetos vulnerables que puedan convivir dentro de un hogar, porque sería distraer la atención de la protección de las propias mujeres para llevarlas de nuevo a la familia¹⁰⁰⁴. Por tanto, la aclaración es que “la mujer pareja está en una

¹⁰⁰¹ GONZÁLEZ RUS, J. J.; La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 486.

¹⁰⁰² *Ibidem*

¹⁰⁰³ *Ídem*, p. 487.

¹⁰⁰⁴ En el mismo sentido MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006, p. 5 “de este modo, la preocupación social acerca de la violencia contra las mujeres no se concentra en ellas y en las razones que explican su victimización, sino que se traslada a la familia y a sus miembros en tanto que víctimas propicias de la violencia masculina a consecuencia de una <natural> posición de inferioridad que es compartida por la mujer”. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección

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 vulnerabilidad¹⁰⁰⁵”.

Debe subrayarse que dada la limitación de de los sujetos estamos ante un delito especial impropio¹⁰⁰⁶. Aunque la elección aquí de los sujetos activos se hace de forma indirecta, pues lo que realmente se describe es el elenco de sujetos pasivos y a través de ellos se descubren los activos.

C) Bien jurídico

Finalmente, se advierte que el bien jurídico tutelado coincide con el bien jurídico de las lesiones (Título III del Libro II), por tanto la única diferencia que se establece entre el art. 147.1 y 148. 4 y 5 es meramente penológica en base a los diferentes sujetos que entran a protagonizar esas conductas en el injusto típico. Y respecto del análisis del bien jurídico relativo a las lesiones nos remitimos a lo ya expuesto cuando analizamos la evolución delito tipificado en el art. 173.2 CP. Según el propio artículo se establece que es de resultado ya que deben darse los requisitos del art. 147 CP, por tanto estimamos la salud como bien jurídico a proteger.

Como dijimos, aunque suponga ir en contra de la propia sistemática que se desprende de la Teoría del Delito, una vez analizado el tipo objetivo correspondería el tipo subjetivo, pero para no repetir, ya que es un aspecto común a todos los delitos de género, lo expusimos en la parte primera de este capítulo.

<<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 424-425 que afirma que “las causas de vulnerabilidad son muy diferentes en cada colectivo”.

¹⁰⁰⁵ LARRAURI PIJOAN, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Febrero, 2009, p. 13.

¹⁰⁰⁶ El **art. 148. 4 y 5** es un delito especial impropio, porque cuenta con una figura paralela en el código penal, un delito común que es el que se tipifica en el art. 147 CP, sobre el que se agrava atendiendo al resultado o peligro para la salud de los especiales sujetos que intervienen.

2.2. Consecuencias jurídicas

Las penas previstas para hacer frente a este tipo de injusto son; una pena privativa de libertad de dos a cinco años, que se constituye como pena agravada si la comparamos con la establecida en el art. 147.1 CP que comprende de los seis meses a los tres años. Sin embargo, parece que el legislador no ha querido que la aplicación de esta agravación sea automática en los casos de los apartados 4º y 5º de este artículo, pues de *lege data* se manifiesta la referencia al “resultado causado o al riesgo producido¹⁰⁰⁷”, para los que dispone de una pena de dos a cinco años.

Además de la pena específicamente prevista, debemos añadir, que como delito clasificado dentro del grupo de los de género, también se aplica según lo establecido en el art. 57.2 CP la pena de alejamiento del art. 48.2 CP que ya analizáramos en el art. 173.2 CP. Recordemos que del art. 57.2 CP se desprende la obligación de aplicarla, y en todo caso cuando se trate de delitos de género, los jueces en todo caso deberán aplicar la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 CP, es decir, la pena de alejamiento en todas sus manifestaciones de privación de residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximación a la víctima y la prohibición de comunicación con la víctima. En este caso partimos de una pena de prisión de dos a cinco años, por lo que se trata de un delito menos grave, por lo que la pena de alejamiento no podrá exceder de los cinco años. El análisis por tanto de la naturaleza jurídica lo remitimos a lo que anteriormente ya se mencionó.

III. LOS MALOS TRATOS NO HABITUALES DEL ART. 153 CP

1. FUNDAMENTO

Desde el año 1995 hasta 2003 el tipo delictivo recogido en el art. 153 estuvo ocupado recordemos por las violencias domésticas habituales, pero a raíz de la LO 11/2003, el legislador divide las violencias en habituales, que pasaron a integrar al ya analizado art. 173.2, y no habituales (ocasionales) recogidas en el art. 153¹⁰⁰⁸. Este

¹⁰⁰⁷ MAYOR TEJERO, C.; “La aplicación real de las normas sobre violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia domestica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 385.

¹⁰⁰⁸ En este sentido se expresa MAYORDOMO RODRÍGUEZ, V.; *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho Comparado*, Dilex, Madrid, 2005, p. 50

nuevo delito vuelve a ser objeto de reforma con la LOMPIVG, aunque desde 2003 el art. 153 se ubica dentro de los delitos de lesiones, en el título III del libro II. Con la LO 11/2003 el ejercicio de violencia habitual había pasado a constituir parte de la rúbrica relativa a los delitos contra la integridad moral (en el art. 173.2) analizado en el capítulo anterior, y el artículo 153 lejos de quedar vacío de contenido, comenzó a recoger los malos tratos no habituales (esporádicos u ocasionales), a través de la elevación de; las antiguas faltas de maltrato de los artículos 617.1 y 617.2: *causar a otro un menoscabo psíquico no definido como delito en este código y, golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*, y también del último párrafo del art. 620.1 al que correspondían las *amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos cuando el sujeto pasivo fuere alguna de las personas especialmente protegidas en el art. 173.2 CP*. Por tanto, el nuevo art. 153 afincado en la rúbrica de las lesiones estaba, “dedicado desde entonces a recoger una nueva modalidad agravada de lesiones¹⁰⁰⁹”, o lo que es lo mismo, los malos tratos de obra simples o no habituales. Es el delito dedicado al maltrato propiamente, por lo que el injusto contenido en el tantas veces retocado art. 153 se constituye con carácter general en un tipo de lesiones *sui generis*, en función de la escasa lesividad de las conductas allí recogidas (que expresamente determina golpear o maltratar de obra a otro sin causar lesión) y de los sujetos intervinientes. En realidad las conductas *causar lesión no definida como delito y maltratar de obra sin causar lesión* están recogidas en el art. 617 CP como faltas. El menoscabo psíquico se recoge en el 153 pero no el 617, es por eso que las conductas de este tipo penal lo hacen un delito de lesiones *sui generis*.

Ya desde los cambios impuestos en la reforma de 2003¹⁰¹⁰, parte de la doctrina se manifestaba en contra, pues ampliar tanto los comportamientos considerados agravados hasta el punto de penar como delito un simple empujón aislado o unos insultos entre novios era ir demasiado lejos en el uso de la pena privativa de libertad, por lo que algunos autores han venido manifestando que “sobra... el art. 153 en su nueva redacción¹⁰¹¹”, incluso fue objeto de varias cuestiones de inconstitucionalidad

¹⁰⁰⁹ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto <habitualidad> en el delito de violencia doméstica”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 2005, p. 79

¹⁰¹⁰ Recordemos que la Exposición de motivos de la Ley justifica la elevación de faltas a delitos porque de esa forma es aplicable la pena privativa de libertad.

cuyos fundamentos fueron finalmente rechazados por el TC. Son aspectos polémicos que se complican sobremanera tras la reforma de 2004, cuando la redacción del tipo cambia de nuevo con la entrada en vigor de la denominada ley de género, que ante esos comportamientos prevé distinta pena en función de los sujetos que intervengan. En este caso lo que hace la reforma de 2004 es añadir el punto 1 en que esas mismas conductas, cuando en vez de llevarse a cabo contra alguna de las personas del 173.2 CP, se llevan a cabo contra la mujer pareja.

El pretexto mayoritariamente aceptado por quienes justifican la elevación de las faltas a delito, es la de que hasta entonces se estaban dando casos de golpes sin marcas y dificultades probatorias del daño moral y psicológico que daban lugar a la absolución del imputado o como mucho a una condena por faltas, pero no por delito¹⁰¹², y como vimos, también porque para muchos el primer golpe es el aviso que da el hombre de convertirse en futuro maltratador. Pero la realidad es que la escasa lesividad de estas conductas que forman el delito del 153 responde más a su calificación como falta que como delito y esta conclusión se extrae con la mera lectura del tipo penal: *causar a otro menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en este código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión*.

En una primera lectura no es difícil dilucidar que el legislador en este tipo ha diferenciado varios subtipos, de tal manera que el apartado segundo va referido al tipo básico y los apartados primero y tercero se constituyen en tipos agravados. La conducta que se repite en los tres apartados es la causación de *un menoscabo psíquico o una lesión o un maltrato de obra* que por su entidad no sea una falta de lesiones, por tanto lo que varía en cada apartado son los posibles sujetos intervinientes (apartados 1 y 2) o las condiciones en las que se cometen (que correspondería al apartado 3)¹⁰¹³. De esa forma el art. 153 en sus apartados 1 y 2 hace distinciones en cuanto a los sujetos intervinientes

¹⁰¹¹ LAURENZO COPELLO, P.; “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en *SERTA, In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 834.

¹⁰¹² GIL RUIZ, J.M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género.....*, op. cit., p. 204.

¹⁰¹³ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 200, p. 487.

y el 153.3 CP contiene las cuatro agravantes que comparten los delitos objeto de estudio en este trabajo: *se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

Por los problemas que entraña la interpretación y justificación de estos delitos, parte de la doctrina establece de *lege ferenada* que “las reformas operadas por las Leyes orgánicas 11/2003, 15/2003 y 1/2004, en relación con la conversión de la falta de lesiones en delito, cuando los hechos se cometan en el ámbito de la violencia doméstica y de género, serían innecesarias, y además, se obviaría la posible inconstitucionalidad de estas reformas, en cuanto se entienda que infringen el principio de igualdad¹⁰¹⁴”, haciendo uso de los delitos de lesiones y de homicidio tradicionales y estimando aplicable en cada uno de ellos el grado de tentativa¹⁰¹⁵. Sin embargo queremos diferenciar que una cosa son las conductas elegidas para formar parte de los delitos de género (todas de escasa entidad), y otra la agravante en sí misma, que pone de manifiesto las relaciones de poder que subyacen al Patriarcado. Un enfoque distinto es el aportado por el Magistrado Jorge RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ en su voto particular planteado a la STC 59/2008 de 14 de mayo que apoyó la constitucionalidad de este precepto, en el que sin embargo advierte “que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa no es tanto el menoscabo físico o psíquico causado con el maltrato sino un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta a través del maltrato ocasional”, según el autor, lo sancionado es el machismo sexista, pero lo que no tiene cabida constitucional es su presunción, pues no siempre un maltrato de un hombre a una mujer es una manifestación de sexismo que deba poner en marcha una tutela penal reforzada. En realidad la cuestión central es dilucidar cuál es el bien jurídico protegido en los malos tratos a lo que haremos referencia más adelante. En nuestra opinión efectivamente sobra la elevación de faltas a delito porque las conductas no tienen entidad de delito, pero no

¹⁰¹⁴ CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra las personas: Violencia doméstica y de género”, MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V.; (Coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal: Una auditoría al código penal español de 1995*, Buenos Aires, 2006, p. 176.

¹⁰¹⁵ Ídem, p. 175-176.

tenemos por qué negar la posibilidad de crear una respuesta específica a un tipo de violencia específica como es ésta.

2. ANÁLISIS

2.1. TIPO OBJETIVO

A) Conducta

Actualmente en el art. 153.1 CP se hace mención a varias conductas; causar *un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causar lesión*. Esta amalgama de conductas encuentra su respuesta en el contenido y definición del actual art. 153.2 que tuvo su origen en la reforma de la LO 11/2003, cuando las conductas establecidas como faltas se elevaron a la categoría de delito del art. 153 provenientes de las anteriores faltas de los artículos 617.1 CP (causar por cualquier medio o procedimiento una lesión no definida como delito en este código), 617.2 CP (golpear o maltratar a otro sin causar lesión) y 620.1 CP (las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos).

Por tanto, como punto de partida, podemos afirmar que a día de hoy, hay dos comportamientos claramente diferenciados desde el punto de vista dogmático, uno es de resultado y el otro no. De una parte, el menoscabo psíquico “pone el acento en la real afectación de la salud psíquica del sujeto pasivo, sin que baste el simple maltrato psíquico que no provoca efectivo quebrantamiento de la misma. Se hace referencia, pues, al resultado y no a la acción simple de maltrato¹⁰¹⁶”, y por eso sería en cierto modo irrelevante porque cuando no se cause un resultado podrá aplicarse el supuesto también recogido de golpear o maltratar sin causar lesión¹⁰¹⁷. El menoscabo psíquico *o lesión no definidos como delito en este código* hace referencia a un resultado aunque más acorde con la lesividad de un falta¹⁰¹⁸ y puede conducir a varios problemas

¹⁰¹⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 200, p. 489.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*

¹⁰¹⁸ ACALE SÁNCHEZ, M.; “Artículo 153”, en ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1ª edición, 2007, p. 381

interpretativos¹⁰¹⁹, llegando a constituirse “como una cláusula que va a actuar de cajón de sastre en el que se pueden incluir todos aquellos supuestos que por diferentes razones no encajan dentro de lo que entendemos como maltrato corporal, maltrato psíquico o falta de lesiones y que, sin embargo, pueden considerarse de semejante entidad por el miedo que son capaces de suscitar en las víctimas que lo sufren¹⁰²⁰”. Otro de los problemas que conlleva, surgiría cuando ese menoscabo psíquico se llevase a cabo “a través de una amenaza, una coacción, o incluso una lesión física o un maltrato corporal que se ha ejecutado sobre la víctima: ¿habremos de entender entonces que estamos ante un concurso ideal de delitos o se trata más bien de un concurso de leyes?¹⁰²¹”, respondiendo que en estos casos “sólo cabe hablar de un único delito y nunca de un concurso¹⁰²²” y ello porque debe siempre predicarse la menor lesividad del menoscabo psíquico respecto del ejercicio de violencia ya sea física o psíquica¹⁰²³, es por ello que la asimilación de las dos conductas del 153 no es acertada.

De otra parte “las agresiones físicas o psíquicas leves y los malos tratos de obra no habituales que no causan lesión, que ya son delito desde el año 2003 cuando tienen lugar en el ámbito familiar o similar, están castigados ahora con una pena más grave cuando la víctima es la esposa del sujeto activo o mujer ligada a él por análoga relación de afectividad¹⁰²⁴”, y como expresamente señala el tipo son de mera actividad pues no hace falta que causen lesión.

Respecto de la posibilidad de llevar a cabo estos actos en comisión por omisión, en principio tal y como dejamos puesto de manifiesto en el análisis del art. 173.2 CP aceptamos su posible aplicación. Habría que tener en cuenta que el art. 153 viene a ser

¹⁰¹⁹ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 269.

¹⁰²⁰ Ídem, p. 271.

¹⁰²¹ Ibídem

¹⁰²² Ibídem

¹⁰²³ Ibídem

¹⁰²⁴ ALASTUEY DOBÓN, M. C.; “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 62

de alguna manera la antesala de aquel (en cuanto que los comportamientos habituales de éste [153] llevan a la aplicación de la habitualidad del otro [173.2]), y por eso podemos establecer que en principio sí sería posible su cumplimiento en comisión por omisión. Si tomamos como punto de partida la necesidad de los requisitos del art. 11CP entonces en principio sólo sería factible cuando nos refiramos a una de las conductas del precepto, ¿por qué sólo respecto de una? Pues bien, como ya resaltamos hay dos tipos de conductas, una es de resultado y la otra no, y por eso para encajar con los requisitos del art. 11 (necesidad de un resultado) solo podemos tomar de referencia aquella que se refiere a causar un menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito. Sin embargo aunque *menoscabar* y *causar lesión* son tomados como verbos de acción, al igual que ejercer violencia física o psíquica del art. 173.2 CP, y al igual que en aquel, en principio también podrían encajar conductas omisivas en el sentido expuesto. Además esta figura delictiva dispone que *el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo... o golpearle*, por eso en principio no tenemos por qué negar su posible comisión por omisión sobre todo respecto del apartado 2, más difícil sería respecto del apartado 1, aunque en la práctica no hemos encontrado casos en los que se haya aplicado.

B) Sujetos

Aunque el análisis de los sujetos fue ya objeto de estudio al inicio de este capítulo, en la parte común a todos los delitos de género, volvemos sobre ello porque en este caso se hace referencia tanto a personas relacionadas con la violencia de género (apartado 1) y con la violencia doméstica (apartado 2). Dentro del primer grupo a su vez podrían desglosarse dos tipos de sujetos: en primer lugar, las mujeres pareja, y en segundo lugar personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. El apartado 1 por tanto se constituye como un tipo agravado respecto del apartado 2 en función de las características que desembocan de la agravante específica de género, cuyo origen es la reforma de 2004.

Es por ello que, atendiendo a los sujetos este tipo penal podría definirse con carácter general como delito especial impropio¹⁰²⁵. En esta línea los autores alegan que se trata

¹⁰²⁵ GONZÁLEZ RUS, J.J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y

de delitos impropios porque encuentran su reflejo en el apartado 2 del mismo tipo penal. Vistos los diferentes grupos de personas que entran a valorarse en el tipo objetivo, consideramos que el art. 153.1 constituye un delito especial impropio respecto del art. 153.2 y éste respecto de las faltas del 617. 1 CP (causar a otro una lesión no definida como delito en este código) y respecto del 617.2 CP (golpear o maltratar de obra sin causar lesión).

A nuestro entender tiene correspondencia con la falta del art. 617 CP, que supone el origen del actual delito del 153, pero la especialidad del apartado 1 del 153 viene dada por los sujetos que han de intervenir, en este caso, que *sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o se trate de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*, que son diferentes a las del apartado 2 que hacen referencia a las personas del ámbito doméstico o cuasi-doméstico. En los demás sujetos remite expresamente el tipo a los sujetos del 173.2 CP, siendo que si faltare esta especial condición en el sujeto activo la conducta dejaría de ser la constitutiva del art. 153 para pasar a ser constitutiva de faltas¹⁰²⁶.

Respecto de las reglas de participación, el partícipe que interviene bien actuando u omitiendo podría ser tanto un *intraneus*, como un *extraneus*. Si se tratase de un *intraneus*, podría responder como autor o también en comisión por omisión si concurren claro, los elementos que requiere el art. 11 CP. En el supuesto de ser un *extraneus* respondería por un delito del art. 195 al no concurrir en él posición de garante, y además ambos responderán como inductores o como cooperadores necesarios o no necesarios, según las normas generales de la participación¹⁰²⁷. Sin embargo para otra parte de la doctrina el apartado 2 del art. 153 trata un delito especial propio, “hace que sólo los

coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 488.

¹⁰²⁶ MARCOS AYJÓN, M.; “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del art. 173 del código penal”, en *La Ley penal, Revista de derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Estudios Monográficos de Violencia Doméstica*, nº 2, Año I, febrero 2004, p. 25.

¹⁰²⁷ CAPITA REMEZAL, M.; “Breves apuntes sobre el art. 153 del código penal”, 24 de julio de 2004, consultar en http://www.otrosi.net/index.php?option=com_content&task=view&id=214&Itemid=43

sujetos cualificados puedan ser autores, coautores o autores mediatos. Los extraños pueden ser partícipes¹⁰²⁸”.

C) Bien jurídico

Al tratarse de un delito ubicado en la rúbrica de las lesiones, nos remitimos a todo lo que con anterioridad se analizó (en el análisis del 173 en su versión más antigua como 153), respecto de los bienes jurídicos en juego, sobre todo bienestar personal y salud¹⁰²⁹. Gran parte de la doctrina defiende también la integridad física y psíquica, ya que “los tipos penales de lesiones acreditan la vigencia de esta concepción amplia de la integridad física, pues protegen tanto la integridad física- sancionando la pérdida de órganos y miembros, principales o no, y la mutilación genital-, como enfermedad somática- y la salud psíquica- provocación de enfermedad psíquica o menoscabo de la salud psíquica¹⁰³⁰”. Al igual que SANZ MULAS interpreta el delito en sede de lesiones, utilizando indistintamente salud e integridad física¹⁰³¹.

En realidad, como ya hemos visto, la amalgama de conductas recogidas en el actual art. 153 hacen que la tarea de estimar el bien jurídico no sea fácil, pues aunque ubicado en la rúbrica relativa a las lesiones, recoge en primer lugar la antigua falta de lesiones, y en segundo lugar la antigua falta de malos tratos. Así GARCÍA ARÁN establece que el actual 153 procede de las faltas del anterior 617.1 (menoscabo a la salud no definido como delito) afecta a la salud, pero el 617.2 (maltrato sin lesión) afecta a la integridad moral y 620.1 (amenaza leve con armas) afecta a la libertad, sin embargo parece que el legislador los cambia a delitos contra la salud cuando estos son

¹⁰²⁸ GONZÁLEZ RUS, J.J.; “Las lesiones” en COBO DEL ROSAL, M.; *Derecho Penal Español. Parte Especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 160 que lo define como delito especial propio “hace que sólo los sujetos cualificados puedan ser autores, coautores o autores mediatos. Los extraños pueden ser partícipes”.

¹⁰²⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 22-26.

¹⁰³⁰ CADENA SERRANO, F. A.; “Las lesiones psíquicas en el mobbing. Breve referencia al bullying” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 169. También GONZÁLEZ RUS, “Las lesiones” en COBO DEL ROSAL, M.; *Derecho Penal Español. Parte Especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*. Dykinson, Madrid, 2005. p.157

¹⁰³¹ SANZ MULAS, N.; “Título IV, tutela penal”, en SANZ MULAS, N.; GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.; MARTÍNEZ GALLEGO, E.; *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, 2005, Madrid, p.165

acometido dentro del ámbito familiar¹⁰³². Por eso también hay autores como SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO que afirman que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, en el que el bien jurídico protegido es “la integridad corporal y la salud física o psíquica, así como la dignidad de la persona dentro del ámbito doméstico¹⁰³³”. Igualmente para ARÁNGUEZ SÁNCHEZ “la amalgama de conductas recogidas en este precepto hacen que carezca de un único bien jurídico, pues se afecta a la salud o al bienestar personal, dependiendo de la conducta típica que entre en juego¹⁰³⁴”.

Según debería deslindarse de una interpretación sistemática de los verbos menoscabar, golpear o maltratar de obra sin causar lesión, ubicados en la rúbrica de las lesiones, en los que sin embargo no se puede establecer una asimilación con el de lesionar, típica acción de los delitos de lesiones en los que el bien jurídico hace referencia a integridad o salud física o psíquica de las personas. Sin embargo, tales bienes jurídicos no podrán desprenderse en principio de los verbos menoscabar, golpear o maltratar de obra sin causar lesión, si acaso su puesta en peligro debido a la menor lesividad que literalmente se desprende de esos conceptos. Efectivamente, si optamos por una interpretación teleológica de estos tipos, su ubicación sistemática nos detiene ante los delitos de lesiones, por lo que sin mayores conjeturas es fácil determinar que el 153 se constituye como una modalidad del delito de lesiones aunque con especificidades propias: como son la inexistencia de asistencia médica y de tratamiento médico quirúrgico, la falta de resultado (en una de sus acciones descritas), y que se justifica según lo descrito por los sujetos que allí aparecen formulados. En definitiva, no consideramos necesaria su existencia.

Recordemos que las características materiales que diferencian la producción de unas lesiones de una falta de lesiones son; la necesidad en el primer caso, y su no

¹⁰³² GARCÍA ARÁN, M.; “Art. 153” en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M.; (Directores) en *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 120

¹⁰³³ SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A; *Derecho Penal, Parte Especial*, 13ª ed., Dykinson, Madrid, 2008, p. 129

¹⁰³⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153.1 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 15

necesidad en el segundo de la existencia de una primera asistencia médica y de un tratamiento médico quirúrgico. De las conductas aquí recogidas (golpear o maltratar de obra sin causar lesión) se entienda necesaria la lesión o no, descartamos la existencia de esos dos requisitos, con la paradoja de no estar reguladas estas conductas en el libro III relativo a las faltas sino en el libro II, dentro de los delitos de lesiones. Por tanto, partimos de la base que el 153 y el 147 comparten bien jurídico pero no el resto de requisitos propios del 147 y eso es lo que los diferencia (además de los sujetos).

Al igual que en su día se aceptara que la habitualidad y el ámbito doméstico determinasen la agravación del actual art. 173. 2 CP (anterior art. 153), hoy sería difícil aceptar que el ámbito doméstico fuera el único argumento para justificar tal agravación de las anteriores faltas que pasan a constituirse en delitos¹⁰³⁵. Por tanto, equiparar y preveer pena de prisión para las conductas reflejadas en los actuales 153 y 173.2 resulta una práctica arriesgada en aras a desentrañar las verdaderas causas y consecuencias de la violencia, ya que en muchos casos será más fácil recurrir al 153 que al 173 por la dificultad de prueba, con lo que muchas situaciones graves de malos tratos habituales quedarán reducidas a un episodio de violencia.

Negamos que el legislador haya optado por la creación de un bien jurídico propio, opción que se anula en el momento en el que los delitos con las agravantes de género no se regulan bajo la misma rúbrica, así, según ACALE SÁNCHEZ esperar que “el bien jurídico pertenencia al sexo femenino históricamente subyugado a manos del género masculino¹⁰³⁶” sea el admitido en un ordenamiento jurídico que parte del principio de culpabilidad, es contradictorio y no puede ser admitido¹⁰³⁷. En ese intento de búsqueda de un bien jurídico propio, ALONSO ÁLAMO se cuestiona si con las reformas que han dado paso a las agravaciones de género, el bien jurídico sería “el interés a ser tratado como igual, a alcanzar la igualdad real, precisamente por sujetos

¹⁰³⁵ En este sentido, consultar MENDOZA CALDERÓN, S.; “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p.129.

¹⁰³⁶ ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 165

¹⁰³⁷ Ídem

que sólo son iguales formalmente¹⁰³⁸. Otra cuestión es que ya desde la delimitación del delito de violencia familiar se estableciera la necesidad, a la hora de delimitar el bien jurídico, de valorar la posición de dominio proporcionada por el ámbito familiar y esa situación de mayor indefensión para la víctima¹⁰³⁹. Todas estas dificultades hacen que propongamos la derogación de este tipo penal.

2.2. Consecuencias jurídicas

La pena resulta graduable en función de cuál sea la condición del sujeto pasivo, en este caso se establecen las distinciones según nos refiramos al apartado primero (mujer pareja) al apartado segundo (personas relacionadas con el ámbito cuasi-doméstico).

| | Art. 153.1 CP (ofendida sea o hay sido esposa o mujer ligada a él aún sin convivencia... o persona especialmente vulnerable que conviva) | Art. 153.2 CP (víctima sea alguna de las personas del art. 173.2 exceptuadas las contempladas en el apartado anterior) |
|--|---|---|
| Privación de libertad | De seis meses a un año | De tres meses a un año |
| Trabajos en beneficio de la comunidad | Treinta y uno a ochenta días | De treinta y uno a ochenta días |
| Privación del derecho a la tenencia y porte de armas | De un año y un día a tres años | De un año y un día a tres años |
| Inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento | Hasta cinco años | De seis meses a tres años |

Las penas previstas en el apartado 2 son ligeramente más leves en lo respectivo a las penas de privación de libertad y a la inhabilitación para el ejercicio de la patria

¹⁰³⁸ ALONSO ÁLAMO, M.; “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de género”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENQUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005. p. 10

¹⁰³⁹ CUENCA i GARCÍA, M. J.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, , núm. 4, 1998, p.16

potestad, tutela, etc., pero tan sólo en el límite mínimo de la primera, que cambia de seis a tres meses, y en la segunda de las penas comentadas, pues de poder abarcar hasta un total de cinco años en el capítulo primero, estimamos que puedan ser hijas o hijos o cualquier menor que conviva con el autor como extranjeros en épocas estivales, etc., o incluso personas ancianas que convivan con el agresor, se reduce a un tiempo que no podrá ser menor a seis meses ni excederá de los tres años. La aplicación de la agravación es automática¹⁰⁴⁰ en este caso, pues el tipo no especifica que para su aplicación haya que atender ni al riesgo producido ni al resultado causado.

En general en estos delitos es posible distinguir penas principales; en este caso la pena privativa de libertad o en su caso la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. También penas potestativas que van referidas a penas privativas de derechos como el porte de armas, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad .Y por último penas accesorias y muchas tienen su origen en la LO 15/2003, sobre todo la obligación del alejamiento del art. 57.2 CP pero que se ven agravadas por LO 1/2004 pues introduce el quebrantamiento de condena¹⁰⁴¹.

Además también debemos mencionar las penas accesorias. De nuevo, en este apartado debemos hacer referencia a las penas predisuestas en el art. 57.2 CP pues se trata de un delito de lesiones, o por lo menos situado en dicha rúbrica, por lo que el juez tendrá la obligación en todo caso de imponer, al igual que en el resto de delitos analizados hasta ahora en este trabajo, la aplicación de la pena prevista en el art. 48 CP que no excederá de cinco años, ya que se trata en este caso de delitos menos graves, al no superar la pena de prisión en ninguno de los párrafos del 153 (1 y 2) CP, los cinco años de privación de libertad.

¹⁰⁴⁰ MAYOR TEJERO, C.; “La aplicación real de las normas sobre violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia domestica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 385.

¹⁰⁴¹ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley Integral”, en *Revista Penal*, núm. 18, Julio 2006, p. 185

2.3. Constitucionalidad

2.3.1. Jurisprudencia constitucional en materia de maltrato ocasional anterior a 2004

Desde la introducción por parte de la LO 11/2003 de 29 de Septiembre de *Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, de los malos tratos ocasionales en el art. 153, se han producido varias críticas por la elevación de conductas con entidad de falta a la categoría de delito. En este sentido destacamos las conductas¹⁰⁴², los sujetos¹⁰⁴³ y la pena de prisión prevista¹⁰⁴⁴. Este punto de la reforma se tradujo en algunas cuestiones de inconstitucionalidad ante las que el TC tuvo que responder a la crítica que se hacía al art. 153 desde el principio de proporcionalidad.

Así, concretamente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig, en Alicante que el TC resolvió mediante **Auto núm. 233/ 2004, de 7 de junio de 2004** en relación con el art. 153 CP en la redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, por su posible contradicción con el principio de proporcionalidad penal. Lo que se cuestiona es “si una bofetada sin que existan antecedentes de malos tratos físicos o psíquicos, ni se causen lesiones, junto a las demás circunstancias de relación afectiva y lugar de ejecución del hecho, puede fundamentar una pena privativa de libertad, como la interesada por el

¹⁰⁴² *El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro con armas y otros instrumentos peligrosos.*

¹⁰⁴³ *cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, es decir, quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*

¹⁰⁴⁴ *será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza*

Ministerio Fiscal de 9 meses de prisión en el presente juicio”. Los hechos probados consisten en que el denunciado dio “un guantazo en la cara a su compañera sentimental, dentro de una discusión y en presencia de sus dos hijas”. Hechos por los que se decretó nueve meses de prisión junto a dos penas accesorias; la suspensión de derecho de sufragio pasivo y de porte de armas. Hechos probados que el propio imputado reconoce y da su conformidad. Fundamentalmente son tres las razones que el TC estima para no admitir las dudas de constitucionalidad del precepto y lo hace en el fundamento jurídico 6 afirmando que; 1) el Auto se muestra huérfano de razonamiento porque critica la pena de prisión pero ni siquiera baraja la posibilidad ni menciona una alternativa de pena que disponga una menor intensidad y de parecida funcionalidad. 2) que tampoco menciona que legalmente el legislador ha previsto también la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y por tanto no solo la privativa de libertad, y 3) que las conductas allí sancionadas “no constituyen ni resultan amparadas por el ejercicio legítimo de algún derecho proclamado en la CE, de modo que no estamos ante un ámbito tutelado por esos derechos fundamentales y, en consecuencia, la protección frente a sacrificios innecesarios o excesivos es sin duda menor”. Acaba este fundamento jurídico 6 afirmando que “la concurrencia de las circunstancias expresadas, junto a la importancia de los bienes e intereses que pretende tutelar el precepto penal cuestionado y al control de constitucionalidad reservado a este tribunal en este ámbito, conducen a concluir que no puede prosperar la duda de constitucionalidad del órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de considerar que la pena de prisión prevista por el legislador resulte innecesaria”.

De la misma manera, puede mencionarse la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia en relación con el art. 153 CP, en la redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, y que el TC resolvió mediante **Auto núm. 332/2005, de 13 de Septiembre** repitiendo los mismos argumentos que se dieron para el caso anterior, afianzando las justificaciones dadas en aquella ocasión, a diferencia de la introducción de un FJ.5 en el que el TC responde ante “la apodíctica afirmación del órgano judicial de que existe un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre las conductas tipificadas en el art. 153 y la sanción impuesta”, con el argumento de la falta de proporcionalidad entre las conductas delictivas del 153 y la pena, pues esas mismas conductas se consideran faltas cuando su comisión se da fuera del ámbito doméstico. Ante ello, el TC considera que “a la vista de

la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas, y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador, ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad, no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta”.

Como bien deja claro el fundamento jurídico núm. 3 de este segundo Auto del TC, esta cuestión de inconstitucionalidad es sustancialmente coincidente con la anterior aunque se plantean diferencias pues en la primera el órgano judicial se centraba en las conductas más leves tipificadas en el art. 153 CP, a los “malos tratos de carácter venial cometidos en las relaciones familiares”, cuestionando sin embargo la segunda de las cuestiones de inconstitucionalidad la proporcionalidad de la sanción respecto de las conductas que eran constitutivas de falta en la anterior regulación y, que pasan a considerarse delictivas en atención al ámbito doméstico y en función de la cualidad del sujeto pasivo. Para continuar argumentando que “si ni siquiera en los supuestos menos graves de los contemplados en el art. 153 CP, puede apreciarse la denunciada vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, menos aún podrá predicarse la desproporción de la sanción respecto del resto de conductas, las más graves, dado que todas ellas se sancionan con la misma pena”, por lo que las dudas respecto de la proporcionalidad de la pena impuesta en relación a todas las conductas típicas queda definitivamente resuelta a favor de la constitucionalidad de las mismas.

Al fin la Sala 3ª del TC el 13 de Septiembre de 2005 desestimó la pretensión de inconstitucionalidad planteada por entenderla notablemente infundada. Afirmando la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela. Además defiende la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas y puntualiza sobre la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad deseada. Por ello concluye que tal tipificación no vulnera el principio de proporcionalidad pues no es

posible constatar un desequilibrio patente entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta.

Ante estas decisiones del TC, la doctrina discrepa sobre todo por tres causas principalmente; *a)* porque efectivamente se produce la violación al principio de proporcionalidad, no sólo respecto de estos concretos actos que son faltas y delitos dependiendo de los sujetos, sino además también respecto del resto de delitos relacionados a los que no se incrementa la pena, por ejemplo las lesiones; *b)* porque no se puede encomendar al juez la tarea de corregir la desproporcionalidad consagrada por el legislador; y *c)* porque el TC se olvida de que las penas en beneficio de la comunidad sólo podrían imponerse en caso de que el penado diere su consentimiento¹⁰⁴⁵. En general se observa que no es necesario un plus de protección cuando las agresiones son ocasionales, puesto que en Derecho penal siempre la gravedad de la ofensa y la gravedad de la respuesta penal debe ser proporcionada, y por eso no compartimos las razones que el TC dio en sus respuestas a las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas con ocasión del art. 153 en su versión de la LO 11/2003 justificando la conversión de las faltas de malos tratos y lesiones leves en delito¹⁰⁴⁶, por lo tanto en nuestra opinión, si no fueron de recibo en 2003, tampoco en 2004 aunque en esta ocasión habrá que diferenciar más argumentos, debido a las relaciones de poder que subyacen a este tipo de violencia.

2.3.2. Jurisprudencia constitucional en los delitos de las agravantes de género

Vistas las vicisitudes respecto de la aprobación de la LO 1/2004, los problemas en su aplicación no tardaron en aparecer, llegando a ser, hasta octubre 2007, 133 las cuestiones de inconstitucionalidad elevadas ante el TC en 22 juzgados de toda España de las que se lamentaba la propia Presidenta del Observatorio contra la violencia de género de entonces, Monserrat Comas¹⁰⁴⁷. En el BOE núm. 61 del lunes 13 de marzo de

¹⁰⁴⁵ ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 211.

¹⁰⁴⁶ MAQUEDA ABREU, M. L.; ¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso Feminista Crítico”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre, 2007, p. 27.

¹⁰⁴⁷ El País, 17 de octubre de 2007 “Los jueces piden estudiar caso a caso las órdenes de alejamiento”.

2006 aparecen varios recursos de inconstitucionalidad sobre la misma admitidos a trámite por el TC¹⁰⁴⁸.

Ya hemos analizado los problemas que se pusieron de manifiesto durante la tramitación parlamentaria de la Ley acerca sobre todo de cómo justificar las distintas respuestas penológicas ante conductas en principio iguales, pero cuyos sujetos no lo son, así obtenemos; tres tipos de malos tratos recogidos en los arts.153.1, 153.2 y 617, también tres tipos de amenazas leves, etc¹⁰⁴⁹. Y ello en función de los sujetos activo y pasivo que protagonicen los hechos. En este sentido la LOMPIVG ha supuesto un paso más respecto de la LO 11/2003 pero niega RIADURA MARTÍNEZ “que la propia existencia de la Ley pueda provocar un resultado especialmente gravoso o desmedido. Si bien, merecen juicio aparte las cláusulas referidas al ámbito penal¹⁰⁵⁰”, por eso es loable la finalidad de la ley, y “a excepción de las medidas penales, los demás superan un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, ya que de ninguno de ellos se desprenden resultados especialmente gravosos o desmedidos¹⁰⁵¹”. Pero de lo que se trata precisamente en este trabajo es de hacer un juicio de constitucionalidad sobre la parte penal de la ley, por lo que sí ha habido autores que se han pronunciado al respecto de cuyas opiniones ahora nos hacemos eco. CRISTINA ALBERDI (entonces presidenta del Consejo Asesor del Observatorio contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid) se lamentaba de por qué una Ley tan ansiada y llamada a ser respuesta a una demanda social hecha realidad, haya tornado su debate en torno a dos polémicas

¹⁰⁴⁸ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5983-2005 en relación con el art. 171.4 del código penal, en redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por posible vulneración de los artículos 9.3, 14, 17.1, 24.2 y 25 de la CE según la titular del Juzgado núm. 1 de Murcia. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6618-2005, en relación con el art. 153.1 del código penal en la redacción dada... El TC admite a trámite por Providencia de 28 de febrero de 2006 dicha solicitud planteada por el Juzgado de lo penal núm. 1 de Valladolid en relación al 153.1 por vulneración de los artículos 14, 24, 25. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6660-2005 en relación al art. 153.1 planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Toledo por posible vulneración a artículos 1.1, 9.1, 10 y 14 de la CE admitida a trámite por el TC en febrero de 2006. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 7258-2005 en relación al art. 171.4 del código Penal admitida a trámite por el TC el 28 de febrero de 2006 por posible vulneración a los artículos 9.3, 14, 17.1 y 25 de la CE planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela.

¹⁰⁴⁹ Recordar la posición de LARRAURI durante la tramitación parlamentaria, a la que se hizo referencia.

¹⁰⁵⁰ RIADURA MARTÍNEZ, M. J.; “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral...”, op. cit., p. 98

¹⁰⁵¹ Ídem, p. 99

cuestiones, la discriminación positiva y el endurecimiento de penas, desvirtuado de esta manera la importancia de una ley integral¹⁰⁵².

Desde la propia judicatura son varias las manifestaciones que se han hecho contra la Ley y no sólo ante el TC como veremos, sino también ante los medios. El CGPJ abrió (en septiembre de 2008) el primer expediente disciplinario a una juez de violencia sobre la mujer de Santander, por una falta grave de consideración a los ciudadanos y en concreto a las víctimas de violencia de género por declaraciones incendiarias contra los Juzgados especializados de la mujer, por las siguientes declaraciones; “hay gente que tiene una idea muy absurda de este Juzgado, parece que creen que esto es Lourdes y que le vamos a convertir en un príncipe”. También se refirió a los extranjeros afirmando que “los rumanos si no pegan a una mujer parece que les falta algo” o que “hay muchas mujeres, sobre todo suramericanas que vienen aquí con una sonrisa en la boca, tomándonos el pelo a todo el mundo diciéndonos “ahora quiero retirar la denuncia”, y por último sobre las víctimas “siempre va a haber un pequeño porcentaje de la población con conductas extrañas, 68, 69, 70 muertas en un año ¿pero cuántos habitantes hay?¹⁰⁵³”. Desde el principio hemos tratado de aclarar que la Ley es importante, pero más importante es su aplicación certera por parte de los jueces y tribunales. Al margen de estos argumentos sobre el funcionamiento de los Juzgados de violencia, pasamos al análisis de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante la Ley en referencia a los aspectos penales. En general, partimos de la base que la Ley Integral es positiva y ofrece muchos instrumentos para una correcta aplicación, falta ver que quienes la tienen a su disposición la apliquen correctamente¹⁰⁵⁴, sobre todo por cómo ha afectado a la parte especial del código penal.

En el ámbito penal, lo que acontece con la reforma de 2004 es que, no solo mantiene lo dispuesto en 2003, sino que además agrava esos comportamientos (considerados delitos pero con la entidad de falta) cuando se trate de las agravantes

¹⁰⁵² El País, 6 de julio de 2004 “Ley contra la Violencia de Género”, “La autora señala que la discriminación positiva ya está avalada por el Constitucional; otra cosa es que se quiera llevar al Código Penal, lo que pone los pelos de punta a eminentes juristas”.

¹⁰⁵³ El Mundo, 15 de octubre de 2008, “El CGPJ abre su primer expediente a una juez que criticó la ley de violencia de género”.

¹⁰⁵⁴ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley Integral”, en *Revista Penal*, núm. 18, Julio 2006, p. 187

específicas de género. En principio son las conductas¹⁰⁵⁵, los sujetos¹⁰⁵⁶ y las penas¹⁰⁵⁷ del art. 153.1 CP las primeras en ser objeto de análisis por el TC, y posteriormente serán las amenazas y coacciones leves también retocadas por la Ley.

Se trata aquí por tanto de resaltar los aspectos más problemáticos que se tipifican en este precepto penal y que han llevado a que el art. 153 haya sido estimado como especialmente difícil de aplicar por nuestros tribunales. Algunos de ellos, (destacando algunos juzgados de lo penal de Murcia y Valladolid) han dudado sobre la constitucionalidad de un precepto que a su juicio castiga más a los hombres que golpean a sus mujeres que a las mujeres que ejercen los mismos comportamientos contra los hombres. Es decir, por ejemplificar el panorama legislativo actual, es posible que un simple empujón de un hombre hacia su pareja femenina fuese contemplado en el código penal como un delito del 153.1 CP y, por consiguiente castigado con una posible pena de cárcel de seis meses a un año (y en todo caso, en virtud del art. 57.2 CP condenado a una pena de alejamiento por un tiempo que no excederá de cinco años) mientras que, una mujer que ejerciera ese comportamiento contra su pareja masculina sería enjuiciada por el art. 153.2 CP con una pena de prisión que va desde los tres meses a un año (o incluso por una falta del 617.2 con una pena de localización permanente de dos a seis días y una pena de multa de 10 a 30 días), ante lo cual no encuentran los citados jueces un fundamento material que justifique dicha distinción en el trato punitivo.

Por tanto la escasa lesividad de estas conductas, unido a la mayor gravedad de las sanciones llevó a María Poza, Juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, a

¹⁰⁵⁵ *El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro con armas y otros instrumentos peligrosos.*

¹⁰⁵⁶ *Cuando en todos estos casos el ofendido fuera la mujer pareja (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).*

¹⁰⁵⁷ *Será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza*

estimar que el 153. 1 del código penal tras la reforma de 2004 no era acorde con los principios constitucionales. En su Informe al TC señala que el legislador no puede tomar en cuenta ni el tipo de relación ni el sexo del agresor para determinar la pena pues vulneraría el principio de Igualdad¹⁰⁵⁸. No admite la distinción que la Ley emplea para calificar de delito un comportamiento que el hombre lleva a cabo sobre la mujer y, sin embargo, tacharlo de falta cuando es la mujer la que lo comete.

Como veníamos argumentando, la primera sentencia del TC al respecto daba respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el art. 153.1 del CP en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, mediante **STS núm. 59/2008 de 14 de mayo**. El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad referida al primer inciso del párr. 1º del art. 153, por la referencia expresa a la *condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente masculina del agresor* y no se cuestiona sin embargo la constitucionalidad de la agravación referida a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. La duda de constitucionalidad gira en torno a la idea de por qué cuando un hombre es sujeto activo y una mujer es sujeto pasivo la pena de prisión es de seis meses a un año (art. 153.1 CP) y sin embargo, cuando el sujeto activo es una mujer y el sujeto pasivo un hombre la pena es de tres meses a un año (art. 153.2 CP). Se alega además que la introducción como sujeto pasivo de las “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor” pugnaría con el espíritu de la norma de origen. El TC en el FJ. 4 de la Sentencia da respuesta a la duda sobre la igualdad de trato del art. 153.1, por el que en principio siempre el sujeto activo es “el que” (que es una expresión neutra con la que comienzan la mayoría de los artículos del código) y el sujeto pasivo es la ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada “a él” (al autor) por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, pero también considera a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, cláusula en la que no se hacen distinciones en cuanto a sexo de los sujetos, pudiendo ser indistintamente uno u otro. Por eso la necesidad de la condición

¹⁰⁵⁸ Estas opiniones pueden ser consultadas en la siguiente noticia http://servicios.laverdad.es/murcia/pg060210/prensa/noticias/Region_Murcia/200602/10/MUR-REG-021.html.

femenina de la víctima y masculina del agresor “conduciría en efecto a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones”. Por tanto el alto tribunal hace dos precisiones; la primera es que “la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, ya que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito”. Y la segunda precisión es que en el mismo enunciado del art. 153.1 CP se incluye otro sujeto pasivo alternativo, que es la *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*. Es en este punto donde el alto tribunal define por tanto cómo debe interpretarse el delito en este aspecto de los sujetos.

El TC se hace eco de su propia doctrina establecida en la STC 222/1992 de 11 de diciembre en la que consideraba que los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar; 1) un fin discernible y legítimo, 2) tendrán que articularse en términos no inconsistentes con tal finalidad y 3) no concurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones subjetivas. Por ello en relación a la materia que ahora nos concierne, que es la relación de dominio en la que acontecen estas relaciones, propiciadas por el Patriarcado, el TC fija en los fundamentos jurídicos 8 y 9 las razones que prueban la razonabilidad de la diferenciación al justificar en primer lugar la legitimidad de la finalidad de la norma. La finalidad de la norma según argumenta el TC en el FJ. 8 es “proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos como vida, integridad física y salud y su libertad y dignidad mismas están suficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”. Pero no sólo la finalidad sino además, en segundo lugar su adecuación a la misma, es decir, que la norma se revele como funcional a tal fin que en este caso queda probada. Y en tercer lugar, en el FJ. 10 comprueba la ausencia de desproporción en base a que resulta “significativamente limitada la diferenciación a la que procede la norma frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende desplegarse con el tipo penal de pena más grave y frente a la constatación de que ello se hace a través de un instrumento preventivo idóneo, cual es la pena privativa de libertad”, y subrayando que el límite mínimo de

pena, tres meses en el caso del art. 153.1 y seis meses en el caso del art. 153.2 , y que esta “pena diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos”. Sobre estos últimos fundamentos jurídicos volveremos al analizar el principio de igualdad (Cap. V).

En la misma sentencia formula **voto particular** el Magistrado VICENTE CONDE MARTÍN E HIJAS disiente del fallo y afirma que la diferencia entre los arts. 153.1 y 2 no está más que en el límite mínimo de la pena de prisión imponible, que va de seis meses a tres y “la intervención agravatoria del legislador, asentada sobre la base, (la verdaderamente significativa) de la diferenciación por razón de sexo, se ha producido, pues, exclusivamente para la elevación del mínimo de tres a seis meses” alegando que la única interpretación posible es la que propone la Magistrada en su Auto, y que el TC en realidad llega a la misma conclusión cuando en el FJ.4 que esa interpretación “conduciría a la inconstitucionalidad si... fuera la única posible”. Estando así las cosas, entonces el TC debería haber llevado al fallo la declaración de inconstitucionalidad de esa interpretación, dejando a salvo las otras interpretaciones que la Sentencia declara posibles. Tampoco acepta el Magistrado que la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja del varón a la mujer tenga mayor desvalor que las producidas por la mujer al varón, “y es sobre esa base apriorística, que por mi parte rechazo, sobre la que se asienta la aplicación al caso del canon de la igualdad”. Continúa alegando que entre los dos primeros apartados del artículo en cuestión “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, y no por pretendido mayor desvalor, a menos que, contra la dicción inequívoca del texto legal, se afirme, como hace erróneamente la Sentencia, que los delitos son distintos”. Alerta sobre las consecuencias que llevaría seguir una pauta legal de desigualdad en el ámbito de la pareja por el “riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones, pues en rigor, si la conducta individual no se valora en los elementos de su propia individualidad en el plano de la culpa, sino en cuanto trasunto de un fenómeno colectivo, la sombra de la culpa colectiva aparece bastante próxima”.

También el Magistrado DELGADO BARRIO, se basa en el FJ. 4 que reconoce que “la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional”, salvándola con la introducción en el tipo de un elemento no incluido

por el legislador expresamente, se precisa que “los hechos constituyan una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (FJ. 9 a.)”. Continúa la argumentación el Magistrado en base a que si la ratio de la constitucionalidad del precepto es el mayor desvalor de las agresiones del varón a la mujer dentro de una relación afectiva, “cuando no concurra ese mayor desvalor, es decir, cuando no concurra esa situación de discriminación, desigualdad o relación de poder, que es la justificación constitucional del precepto, éste devendrá inaplicable”. Además cuestiona que forme parte de un tipo penal un elemento que no se introduce de manera expresa en su redacción.

También el Magistrado RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ divide en siete interesantes puntos su interpretación;

1) Sobre la constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género, “lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión, sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima”, por ello sostiene el Magistrado la constitucionalidad de medidas que proporcionen un trato diferenciado de la violencia de género. 2) El problema es de taxatividad, ya que la fórmula empleada por el legislador en el primer inciso del art. 153.1 CP (que la violencia sea manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder está incluido en el art. 1 de la LO 1/2004), no se refleja en el tipo de los delitos específicos de género, lo cual va en contra del principio de legalidad y por ende, de la seguridad jurídica. 3) El carácter interpretativo de la sentencia. La sentencia utiliza la técnica de las sentencias interpretativas de rechazo, sin embargo no cumple la función de una sentencia de este estilo pues “no delimita con claridad y precisión cuál sea la interpretación incompatible con la Constitución, ni expone las razones por las que se llega a tal conclusión, ni lo refleja en el fallo”. 4) La interpretación del precepto que la sentencia estima conforme con la Constitución. Si se trata de combatir el sexismo machista es lícito, pero lo que va contra la constitución es presumir que siempre que un hombre maltrata a la mujer supone una manifestación de sexismo que debe poner en marcha la actuación penal reforzada. 5) La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 153.1 CP, quizá sin quererlo pero la Sentencia promueve un superado derecho penal paternalista que favorece una concepción de la mujer como sujeto vulnerable que por el mero hecho de entablar relación con un hombre se sitúa en una situación

subordinada. 6) Los problemas de constitucionalidad no se resuelven con argumentos de legalidad, pues “la Sentencia se adentra en el ámbito propio de la jurisdicción ordinaria cuando realiza afirmaciones innecesarias y discutibles acerca del sujeto activo tipificado en el primer inciso del art. 153.1 CP”. 7) Que esta sentencia no marque el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento de la concepción de Mezger: que es la existencia de dos derechos penales paralelos, uno para la generalidad que conserve todas las garantías y otro para grupos especiales de determinadas personas.

Finalmente el Magistrado RODRÍGUEZ ARRIBAS alega que con la cláusula que añade sujetos pasivos, concretamente hace referencia a *las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*, “es contraria a la dignidad de la persona (art. 10 CE), al venir a equipararse a la mujer en dichas circunstancias con los niños, los ancianos, los impedidos, etc”. Además en lo relativo a la interpretación finalista que hace la Sentencia, “al entender que la agresión del hombre a la mujer en el contexto de una relación sentimental tiene un superior desvalor que la misma conducta de la mujer hacia el hombre, por la secular situación de sometimiento de unas a otros en las relaciones de pareja”. Las finalidades descritas en el art. 1.1 de la LO 1/2004 completa una fórmula con la que el Magistrado está de acuerdo aunque suponga añadir algo a la descripción del tipo que no está expreso, pero si es una Sentencia interpretativa, así debería expresarse en el fallo de la misma, o al menos en un párrafo conclusivo de algún fundamento jurídico, y además abre paso al problema de la legalidad penal y la taxatividad.

Siguiendo con los argumentos del TC, la siguiente cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el art. 153.1 del CP, en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004 de 28 de Diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género por vulnerar los artículos 10, 14, y 24.2 de la CE: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sujeto activo y pasivo, resuelta por **STC núm. 98/2008, de 24 de julio**, en que considera el Auto de cuestionamiento que “el art. 153.1 CP no satisface las exigencias de los arts. 14, 24.2 y 10.1 CE, en la medida en que establece una diferencia de trato punitivo en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, sin que pueda reconocerse un criterio objetivo razonable que justifique tal diferenciación, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”, que como vemos, coincide en el planteamiento con el contenido con las planteadas por la misma Magistrada-Juez como

titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, por lo que la argumentación del TC se remite a lo ya alegado en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia resuelta mediante STC 59/2008 de 14 de mayo.

En esta Sentencia emergen iguales votos particulares de los mismos Magistrados, motivo por el que nos remitimos a lo ya expuesto más arriba.

Del mismo modo, resuelve el TC las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Valladolid en relación con el primer inciso del art. 153.1 del CP, en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, por vulnerar el art. 14 de la CE: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo, mediante **STC núm. 76/2008 de 3 de julio** que toma de referencia la primera de las sentencias que resuelve las primeras cuestiones de constitucionalidad en torno al art. 153.1 CP, reiterando por tanto la doctrina fijada en aquella STC 59/2008 de 14 de mayo. Consideran los Autos de cuestionamiento que el art. 153.1 es manifiestamente contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, además interpreta al Magistrada que la agravación se fundamenta exclusivamente en el sexo de los sujetos del delito, lo cual <no supone una acción positiva sino una discriminación negativa hacia el hombre>, asimismo tal resolución hace un flaco favor a la causa de las mujeres al establecer que <puede estimarse que el legislador ha establecido una presunción *iures et de iure*, de que la mujer es en cualquier caso persona especialmente vulnerable... en clara oposición a la dignidad de la mujer, con vulneración de lo dispuesto en el art. 10.1 CE>. La solución que se propone en los Autos es la <simple eliminación de la referencia al sexo de los sujetos como criterio cualificativo de la agravación...y manteniendo como víctimas objeto de especial protección aquellas que sean especialmente vulnerables, con la correlativa imposición de la carga probatoria al respecto>. El TC una vez más estima la vulneración inexistente del principio de igualdad.

En dicha sentencia formulan voto particular los Magistrados, don Vicente Conde Martín e Hijas, don Jorge Rodríguez Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas. Todos ellos reiteran las posturas que ya esgrimieran en la primera de las sentencias.

También destacamos las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 7 de Alcalá de Henares respecto del art. 153.1 del CP, en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de Diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género por ser contrario a los principios de igualdad y justicia del art. 1.1, al valor de la dignidad de la persona que consagra el art. 10 y al principio de igualdad proclamado por el art. 14 CE: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo, resuelta por **STC núm. 100/2008 de 24 de julio**. Los Autos de cuestionamiento de la constitucionalidad del art. 153.1 parten de la idea de delito especial en el que “ante un mismo desvalor de resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de la integridad cuando la lesión no venga definida como delito o el sujeto activo golpear o maltratar de obra, el desvalor de acción es distinto, más grave en un caso y menor en el otro. O sea, es la condición, bien de sexo, bien de género la que determina la reacción punitiva del Estado y de manera desigual”. El TC se refiere a la doctrina sentada por él mismo en las STC 82/2008 de 17 de julio, que a su vez se remite en lo fundamental a la STC 59/2008 de 14 de mayo. La única novedad que se establece en estos Autos del Juzgado núm. 7 de Alcalá de Henares es su referencia no sólo al apartado 1 del art. 153, sino además al apartado 3, sin que tal adición vaya acompañada de una fundamentación específica, por lo que el TC vuelve a acordar la vulneración inexistente de los principios de igualdad y culpabilidad. Al respecto vuelven a formular voto particular los Magistrados Vicente Conde Martín de Hijas, Javier Delgado Barrio, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y Ramón Rodríguez Arribas.

2.3.3. Toma de postura

Aunando los criterios argumentados por el TC en defensa de las reformas de 2003 y 2004, y pese a todas las cuestiones que se tratan en estas sentencias respecto de los principios constitucionales básicos, la existencia o no de discriminación positiva, las presunciones, el Derecho penal de autor, etc, estimamos conveniente en este apartado no detenernos sobre ellas por imposibilidad material, y nos remitimos al último capítulo donde serán analizadas.

Pero sí nos gustaría resaltar aquí el análisis de la primera de las Sentencias sobre la constitucionalidad de la LOMPIVG, y observamos que el TC en el FJ. 4 advirtió

respecto de las agravantes de género, que *la condición femenina de la víctima y masculina del agresor “conduciría en efecto a su inconstitucionalidad si la interpretación asumida por dicho juzgado fuera la única posible y no cupieran otras interpretaciones”*, pero esto que aclara a lo largo del desarrollo en la sentencia no vuelve a considerarlo en el fallo. El problema que se desprende de sus sentencias es que no indica de manera clara cuál es el procedimiento a seguir por los jueces en los casos en los que se produzca algún resultado tipificado en los tipos en cuestión, como se ha destacado en alguno de los votos particulares. Es decir, como bien se argumenta en algunos de los votos particulares (concretamente en el de los Magistrados Rodríguez Zapata Pérez y Rodríguez Arribas) no se dice en el fallo de la sentencia el parámetro de actuación, dejando de nuevo un vacío en la aplicación de estos preceptos. Sin embargo al menos aquella cuestión de inconstitucionalidad ha valido para que el TC “haya declarado inconstitucional una determinada lectura del art. 153.1, así como simultáneamente, para que señalara cuál es la interpretación constitucional ajustada que ha de hacerse de la letra de la Ley¹⁰⁵⁹”. Es decir, lo que LARRAURI resume en la idea de que “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 aplicarse¹⁰⁶⁰”.

Respecto de otras cuestiones más de fondo que de forma como la anterior, como pueda ser la naturaleza jurídica a la que responden dichas agravantes de género, sobre si son discriminaciones positivas para la mujer que repercuten de manera negativa para el hombre, parte de la doctrina critica la utilización de la discriminación positiva en el ámbito penal y procesal porque se convierte en una discriminación negativa para el hombre, incurriendo en el peligroso Derecho penal de autor¹⁰⁶¹, de cualquier modo este punto será objeto de análisis en el siguiente capítulo. Nos resulta interesante traer a

¹⁰⁵⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.; “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en PUENTE ABA, L. M.; (Directora), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 66.

¹⁰⁶⁰ LARRAURI, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Febrero 2009, p. 15.

¹⁰⁶¹ CAMPOS CRISTOBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 269-270.

colación la opinión de GIMBERNAT, que resume de manera contundentemente crítica que el TC avale que “en efecto, serían más graves las vías de hecho ejercidas por el hombre sobre su pareja o ex-pareja femenina porque considera que la mayor penalidad prevista para el autor masculino cumpliría el objetivo de combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad; y en segundo lugar de las altísimas cifras de agresiones reconducibles a la violencia machista que se insertarían en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias¹⁰⁶²”, para este autor los motivos de esta sentencia deben ser rechazados porque lesiona principios básicos del Estado de Derecho y del Derecho penal Democrático. También GONZÁLEZ RUS reconoce que la creación de estos delitos especiales se constituye como una de las debilidades constitucionales de la ley de género, al igual que la conversión automática de faltas en delito en virtud del mismo criterio (de los sujetos implicados)¹⁰⁶³. Aunque a diferencia del resto, este autor critica precisamente la filosofía de la ley que emana de su art. 1.1, pues fuera de esa filosofía la protección especial a la mujer no supondría un problema, pero sí cuando desde esta perspectiva de género nace el imperativo de que el sujeto pasivo sea un hombre¹⁰⁶⁴ y salvar esa técnica legislativa es tan fácil como “haber hecho respecto de la mujer lo mismo que se ha hecho respecto de las personas especialmente vulnerables, que también son objeto de protección específica, pero no reclaman un cierto sexo del sujeto activo¹⁰⁶⁵”. Además, el otro dato cuestionable de la ley es la elevación a la categoría de delito de las faltas, lo cual es contrario al principio de culpabilidad por el hecho, y ello fundamentado en la “mayor reprochabilidad de la conducta en atención al móvil que impulsa al sujeto a cometer el delito¹⁰⁶⁶”. Como decimos, ese análisis tendrá lugar en el capítulo V¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶² GIMBERNAT ORDEIG, E.; “La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional”, *El Mundo*, 16 de junio de 2008.

¹⁰⁶³ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 200, p. 494.

¹⁰⁶⁴ *Ibidem*

¹⁰⁶⁵ *Ídem*, p. 495.

¹⁰⁶⁶ *Ídem*, p. 499.

¹⁰⁶⁷ Capítulo V, III.

Pero adelantamos que también hay quienes en principio no estiman en absoluto que la Ley haya tocado puntos constitucionales importantes en referencia a esa distinción punitiva, fundamentándose sobre todo que no se trata de un trato desigual basado en una abstracción legal del principio de igualdad y que además no se trata de cualquier violencia sino que se trata de aquella violencia que algunos hombres ejercen sobre sus mujeres en virtud de la herencia y los postulados de la sociedad patriarcal¹⁰⁶⁸.

De manera resumida podemos advertir que las cuestiones de inconstitucionalidad en 2003 se centraron en el principio de proporcionalidad criticando la elevación de faltas a delito cuando los sujetos protagonistas fueren aquellos relacionados con el ámbito cuasi-doméstico, y las de 2004 se centraron mayoritariamente en el principio de igualdad debido a la introducción de una agravante específica de género en el código penal.

IV. LAS AMENAZAS LEVES DEL ART. 171. 4 CP

1. FUNDAMENTO

Así como el art. 153.1 surge (en 2003) en virtud de la elevación a delito de la antigua falta del art. 617 CP, los apartados 4 y 5 del 171 CP actual se introducen en el código penal a raíz de la promulgación de la LO 1/2004 provenientes de las faltas hasta entonces tipificadas en el art. 620.2 CP en el caso del apartado 4, y del propio art. 153 anterior en el caso del apartado 5 del 171 CP. Es por ello que el art. 171 en sus apartados 4 y 5 tipifica las amenazas leves y las amenazas leves llevadas a cabo con armas u otros instrumentos peligrosos respectivamente, estableciendo literalmente que;

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

¹⁰⁶⁸ FARALDO CABANA, P.; “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género” en *Revista Penal* núm. 17, enero 2006, p. 90.

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

*5. El que de modo leve amenace con armas o instrumentos peligrosos a alguna de las **personas a las que se refiere el art. 173.2**, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una de pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Recordemos que estas conductas abandonaron el ámbito de las faltas porque el legislador estimó que era positivo atajar el germen de la violencia desde los primeros síntomas. En resumidas cuentas y según el ciclo de violencia de WALKER el sujeto primero amenaza y después pasa al ejercicio de violencia. Por eso entendió el legislador que emplear aquí la función de motivación del Derecho penal con la amenaza de la pena podía resultar positivo, y así romper la escalada de violencia posterior. Por eso para parte de la doctrina, “las amenazas contra quien sea o haya sido, esposa, compañera o novia, y las coacciones contra las mismas mujeres, constituyen el punto de inflexión a partir del cual, si la violencia no cesa radicalmente, si se toleran las violaciones de los derechos fundamentales a la libertad y a la seguridad puede que no haya retorno en la escalada de violencia. Y es, precisamente, debido al margen de tolerancia de la violencia ambiental que existe en la sociedad, que las amenazas y las coacciones contra la esposa, y en general, cualquier acto de violencia de género ha sido minimizado en su consideración antijurídica¹⁰⁶⁹” y es por eso que “las amenazas o coacciones no se convierten en graves porque la víctima sea mujer, sino que la amenaza o coacción a una

¹⁰⁶⁹ DURÁN FEBRER, M.; “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Artículo 14 Una perspectiva de género Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 17, Instituto andaluz de la mujer, Diciembre de 2004, p. 8.

mujer son graves porque son la expresión de una relación violeta basada en el dominio y la superioridad del hombre, porque la coacción o la amenaza es el instrumento de que se vale el hombre violento para seguir sometiendo a la mujer¹⁰⁷⁰. Aun estando de acuerdo con esta reflexión, no compartimos la justificación de la previsión de pena privativa de libertad para estas conductas.

En virtud de lo argumentado, la elevación a la categoría de delito de las amenazas leves cuando los sujetos tanto activos como pasivos tienen la característica de pertenecer al ámbito de las relaciones de pareja es una cuestión complicada. Sobre todo, algunos aspectos ya han sido puestos de manifiesto en los primeros apartados de este trabajo, porque se estiman tres tipos de penas diferentes para un mismo comportamiento. Las amenazas leves se castigan tanto en el art. 620, como en los apartados 4 y 5 del art. 171 CP. En primer lugar, el art. 620 castiga con pena de multa de diez a quince días: *1. a los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos y 2, a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito*. Por su parte el apartado 4 del art. 171 hace referencia a las amenazas leves a la mujer pareja castigadas con pena de prisión de seis meses a un año y, en el apartado 5 las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos a las personas del ámbito familiar o cuasi-familiar del art. 173.2 (exceptuando a la mujer pareja), con prisión de tres meses a un año. Es curioso que así ocurra cuando el fin político criminal de la norma es proteger a las mujeres de manera especial; resulta que las amenazas leves con armas a la mujer pareja no entran dentro del ámbito de protección del 171.5 (prisión de tres meses a un año) sino que será llevada al 620.2 (multa de diez a veinte días) o en su caso, para que la brecha de pena no difiera tanto, por el art. 171.1 CP que castiga las amenazas de un mal no constitutivo de delito con pena de prisión de tres meses a un año. Eso sí, aunque sean amenazas leves sin armas se castigan más (tres meses a un año), que las otras (seis meses a un año).

Analizaremos con más detalle no sólo éstas y otras dudas de tipo penal, sino también de índole constitucional, que las amenazas del marido a su mujer han suscitado

¹⁰⁷⁰ *Ibíd*em

en los jueces, quienes se han visto obligados a aplicar estos delitos. Aunque el abogado Jose Luis Galán afirma que “diga lo que diga el Tribunal Constitucional, es disparatado que las amenazas del marido a la esposa sean delito, y continúa argumentando sobre el índice de presos por estos motivos concluyendo que ahora hay en España 3.721 presos penados cuyo delito principal es de violencia doméstica, desde un asesinato -una minoría-, a lesiones o amenazas¹⁰⁷¹”. A nuestro juicio, aunque aceptemos que el desvalor de acción en estos casos es mayor, por el contexto del que se nutren estas conductas, no quiere decir, que en total la lesividad de las mismas merezca pena de prisión, en atención a lo que previsiblemente pueda acontecer en un futuro.

2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL

2.1. Tipo objetivo

A. CONDUCTA: Con carácter general cuando nos referimos a las amenazas en materia penal nos estamos refiriendo al hecho de “manifestar seriamente a otro que le va a causar un mal, inminente o futuro, a él, a su familia o a otras personas a las que se haya íntimamente vinculado¹⁰⁷²”, en el que además deben concurrir dos requisitos: “a) el mal ha de ser injusto y de verosímil factura y b) la seriedad es una característica esencial de la amenaza: ha de ser proferida con la finalidad de y de forma tal que el destinatario de la misma la crea real, aunque su autor esté decidido a no llevar a cabo el mal anunciado y, c) en los casos de bromas pesadas y de falta de seriedad de la amenaza podrá aplicarse alguna de las faltas contenidas en el art. 620 CP¹⁰⁷³”. La conducta (del art. 171.4 CP) consiste en amenazar de modo leve a las personas descritas, que son las mujeres-pareja y, amenazar de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos (art. 171.5) a todas las personas descritas en el art. 173.2 con la excepción de las personas descritas en el apartado anterior (mujeres-pareja), estando tipificadas como delito cuando concurren esos específicos sujetos activos y pasivos, y aplicándose como faltas cuando intervienen cualesquiera

¹⁰⁷¹ El País, 5 de agosto de 2009, “Muchos presos para tan pocos delitos. España tiene la tasa de encarcelamiento más alta de Europa y una de las más bajas de criminalidad- Crecen las voces que abogan por suavizar el Código Penal y favorecer la redención de penas”.

¹⁰⁷² GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATA LLÍN EVANGELIO, A.; ORTOS BERENQUER, E.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 46

¹⁰⁷³ *Ibidem*.

otros sujetos. La valoración de una amenaza como leve o como grave, estará en manos del juez, quien en función del análisis de la seriedad de la amenaza y, de la credibilidad de quien la recibe estime o desestime su cuantía. Por tanto, en definitiva, de entre todos los tipos de amenazas¹⁰⁷⁴, el tipo escogido por el legislador en esta ocasión va referido a las amenazas de carácter leve traído de las antiguas faltas del 620 CP. Siguiendo la estela histórica de la regulación penal de las amenazas, que MUÑOZ CONDE facilita, empezamos por la no clara distinción en términos de cuál pueda ser leve y cuál pueda estimarse como grave, su delimitación no es matemática. De esta manera, el mencionado autor extrae una pista de la antigua regulación de las amenazas leves del art. 585.2 anterior código tipificando los hechos como leves “los que de palabra y en el calor de la ira amenazaren a otro con causarle un mal que constituya delito, y con sus actos posteriores demostraren que no persistieron en la idea que significaban con su amenaza¹⁰⁷⁵”. Sin embargo pareciera que conforme lo dispuesto en el art. 171. 4 CP, el juez en este caso está obligado, según se desprende del sentido de su tipificación autónoma y con penas privativas de libertad establecidas en este injusto, a juzgar como amenazas graves todas aquellas amenazas leves que provengan del sujeto activo “hombre maltratador” hacia el sujeto pasivo “mujer víctima”, por lo que procesalmente puede llevar al absurdo de convertir en materia penal conductas del ámbito de cualquier discusión de una pareja¹⁰⁷⁶. En caso de que la amenaza fuere grave habría que acudir a los tipos comunes de amenazas de los artículos 169 y 171 en sus tres primeros apartados aplicando en su caso la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP si procediere en su caso. Según la Circular 4/2005, “la nueva redacción legal no menciona expresamente como conducta punible comprendida en este apartado la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos anteriormente prevista en el art. 153, pese a lo cual deben entenderse incluidas en su ámbito de aplicación siempre y cuando atendidas la entidad y circunstancias del hecho puedan reputarse

¹⁰⁷⁴ véanse *grosso modo* en su caso las amenazas de un mal constitutivo de delito del art. 169 CP, las amenazas cualificadas del art. 170 CP, o las amenazas de un mal no constitutivo de delito del art. 171 en su párrafo 1, y el resto de amenazas que se corresponden con las amenazas leves del mismo artículo pero en sus apartados 4, 5 y 6, y finalmente el chantaje del apartado 3 del mismo art. 171 CP.

¹⁰⁷⁵ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho penal. Parte Especial, Decimosexta edición, revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 189.

¹⁰⁷⁶ Ídem, p.193.

como amenazas de intensidad leve. En otro caso, si la amenaza es grave, por el principio de especialidad deberá acudir a la aplicación de los artículos 169 o de los restantes apartados del 171 CP con la concurrencia, si procede de la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 CP¹⁰⁷⁷”. El art. 169 castiga las amenazas de un mal constitutivo de delito con una pena de uno a cinco años cuando además sea condicional, y con pena de seis meses a dos años cuando no sea condicional. Y por su parte el art. 171 en sus tres primeros apartados describe las amenazas de un mal no constitutivo de delito castigadas con prisión de tres meses a un año. Tampoco entendemos por qué el legislador ha interpuesto agravante sobre las amenazas de un mal no delictivo (art. 171) y por qué no la ha dispuesto para las amenazas constitutivas de un mal delictivo, pues éstas últimas son inclusive más habituales en las relaciones de pareja “te voy a matar¹⁰⁷⁸”. Es el mismo problema que el que resulta de los malos tratos, ya que no se sabe por qué el legislador ha decidido penalizar con la agravante de género los ocasionales y no los habituales. Respecto de las amenazas se plantea igual problema, por qué sí aplicar dicha agravante respecto de las leves y no respecto de las más graves. Es por eso que parece claro que el fin del legislador ha sido intervenir en las conductas más leves con el derecho penal para motivar, mediante amenaza de pena el comportamiento de quienes pretendan establecer el ejercicio de violencia como medio de comunicación normal con sus parejas. En cualquier caso, la amenaza tiene que ser seria, como requisito imprescindible e intrínseco a la propia definición de amenaza y el riesgo que puede generar la aplicación de este injusto a la hora de aplicar el tipo es que cualquier amenaza llevada a cabo en la ira del momento sin fundamento objetivo y serio puedan llegar a confundirse con las peleas típicas de un matrimonio cualquiera que nada tiene que ver con la efectividad en el resultado.

¹⁰⁷⁷ Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁰⁷⁸ LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y Violencia de Género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 90.

| Art. 171.4 cp | Art. 171.5 cp |
|--|--|
| Amenazar de modo leve a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia. | Amenazar de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas del 173.2 exceptuando a las personas descritas en el apartado anterior. |

B. SUJETOS; Aunque en la parte común a todos los delitos de género se hizo mención a los sujetos, por características propias de estos delitos estimamos oportuno mencionarlos aquí. El art. 171. 4 CP establece las conductas de amenazas leves cuando vayan dirigidas a *quien 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 a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*. Se establece por tanto una protección penal reforzada por razón del sujeto y por razón de la acción¹⁰⁷⁹. Y por su parte el art. 171.5 tipifica las amenazas leves en las que concurra el uso de armas u otros instrumentos peligrosos, pero esta vez no dirigidas a la mujer pareja sino a cualquiera de los sujetos enumerados en el art. 173.2, exceptuando las mencionadas en el apartado anterior es decir, al amplio espectro que abarca a *los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*. Los distintos sujetos protagonistas son el motivo por el que nos resulta otra diferencia que es difícil de aplicar; pues resulta que las amenazas leves con armas a quien sea o haya sido esposa o mujer que haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia no están previstas expresamente, sino que habría que deducirlas del art. 171.4, pues aunque en las conductas no hace mención a las armas, sí lo hace en el elenco de penas. Pero como

¹⁰⁷⁹ GÓMEZ INIESTA, D.; “Artículo 171” en ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1ª edición, 2007, p. 412.

decimos, no es fácil deducir estas conclusiones, porque la interpretación analógica en este sentido es *in malam partem*, pues perjudicaría al reo y además, al exceptuar el apartado 5 a las personas nombradas en el apartado 4 (es decir, quien 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 habla de amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos y referirse tan solo a las personas descritas en el art. 173.2, establecen la paradoja pues “si pensamos que la filosofía que late a lo largo de toda la ley es agravar precisamente los supuestos en los que la violencia sobre las personas que exceptúa este párrafo del art. 171.5, de manera que si la amenaza leve con armas la lleva a cabo un hermano sobre otro hermano la conducta podrá ser constitutiva de delito del art. 171.5, pero si la ejecuta el marido sobre su esposa únicamente cabrá hablar de una falta del art. 620.2 del CP, lo cual no tiene mucho sentido¹⁰⁸⁰”. Cuestión que interpreta de diferente manera otra parte de la doctrina, por ejemplo para GONZÁLEZ RUS resulta evidente que al ser las conductas del apartado 5 más graves que las del apartado 4, al castigarse en este último lo menos grave queda también incluido lo más (amenaza leve pero con armas del apartado 5) aunque excluya a las personas contempladas en el apartado anterior, “lo que confirma por vía indirecta que en el apartado 4 las conductas castigadas respecto de quien es o haya sido esposa o compañera sentimental del autor varón son tanto la amenaza leve como la amenaza leve con armas¹⁰⁸¹” Es decir, para este autor por el art. 171.4 CP entrarían tanto las amenazas leves como las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos cuando el sujeto pasivo sea o haya sido la esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia. A nuestro entender no es tan fácil deducir la aplicación analógica para las mujeres pareja, a las conductas del 173.2, precisamente porque sería *in malam partem*, y por tanto iría contra el consagrado principio de legalidad.

¹⁰⁸⁰ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 268 nota al pie núm. 7.

¹⁰⁸¹ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 200, p. 491.

C. BIEN JURÍDICO; Los delitos de amenazas están regulados en el capítulo II del título VI relativo a los delitos contra la libertad, por lo que según una interpretación teleológica del código nos llevaría a afirmar que es la libertad el valor protegido por las amenazas. Según el propio MUÑOZ CONDE “la conversión en delito de las amenazas y coacciones leves, cuando recaigan sobre las personas mencionadas en el art. 173.2, configura estos delitos junto con el previsto en el art. 173.2 como delitos autónomos con un bien jurídico propio, diferentes al delito de lesiones propiamente dicho¹⁰⁸²”, al que estaban vinculados en el art. 153 redactado por LO11/2003. Según los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad planteados por los Juzgados de lo Penal núm. 1 y 4 de Murcia respecto del art. 171.4 CP en su redacción por LO 1/2004 “resulta notorio que la finalidad de la norma es la protección de un bien, la libertad del individuo como libertad de motivación, como derecho a que, en los procesos de formación de su voluntad, no se interpongan presiones intolerables más allá de lo socialmente admitido¹⁰⁸³”. Con carácter general en los delitos de amenazas, se ve coartada la libertad de decisión de la persona o la libre formación de la voluntad cuando las amenazas son condicionales, en este caso de la regulación de las amenazas cuando concurre violencia de género no son condicionales, por lo que el bien jurídico afectado se identifica más con el sentimiento de seguridad o de tranquilidad del sujeto pasivo¹⁰⁸⁴. Más específicamente, podríamos decir entonces que al ser las amenazas de género no condicionales, sino simples amenazas, el bien jurídico efectivamente es la seguridad, entendida “como un presupuesto objetivo-individual de la libertad de

¹⁰⁸² MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho penal. Parte Especial, Decimosexta edición, revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 187.

¹⁰⁸³ Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 171.4 CP en su redacción de LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de los Juzgados de lo Penal núm. 1 y 4 de Murcia y que el Pleno del TC resuelve por Sentencia núm. 45/2009 de 19 de febrero.

¹⁰⁸⁴ En este sentido ver GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATA LLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 46.

actuación¹⁰⁸⁵, es decir se anticipa la protección a la libertad de actuación porque lo que se protege son los presupuestos que se estiman necesarios para su desarrollo¹⁰⁸⁶.

2.2. Consecuencias jurídicas.

Las penas que se estimaban en la falta de de amenazas leves con armas del art. 620 (según la LO 14/1999) antes de la modificación de 2003, cuando fueren llevados a cabo en el ámbito cuasi-doméstico estaban castigadas con pena de arresto de dos a cuatro fines de semana y con multa de diez a veinte días. Con la LO 11/2003 aquellas faltas del 620 pasan al art. 153 CP por entonces regulador del delito de violencias habituales castigándose ya con una pena de prisión de tres meses a un año, y es en la reforma de 2004 cuando se mantiene la misma pena pero pasa a regularse de manera autónoma dentro de los delitos contra la libertad, en el art. 171.5 CP. Y también las amenazas leves (sin armas) cuando el sujeto pasivo sea la mujer pareja pasan el 171.4 CP.

Las penas de prisión en el caso del art. 171.4 se establece en un barómetro que va desde los seis meses al año de privación de libertad, y para el caso del apartado 5, la pena de prisión que se establece va de los tres meses al año.

| | | |
|---|--|--|
| | Art. 171.4 CP: amenazas leves a la mujer pareja o expareja. | Art. 171.5 CP: amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en el ámbito cuasi-familiar (art. 173.2 CP) |
| Pena de prisión | Seis meses a un año | Tres meses a un año |
| Trabajos en beneficio de la comunidad | treinta y uno a ochenta días | Treinta y uno a ochenta días |
| Privación del derecho a la tenencia y porte de armas | Un año y un día a tres años | Uno a tres años |

¹⁰⁸⁵ LARRAURI, E.; “Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de amenazas”, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 33, Instituto universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1987, p. 580.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*.

| | | |
|--|--|---------------------------|
| Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, etc. | Hasta cinco años cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor | De seis meses a tres años |
|--|--|---------------------------|

Y en el ámbito de las faltas:

| | | | |
|--|--|--|--|
| | Art. 620.1 CP: amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos | Art. 620.2 CP: amenaza de carácter leve salvo que el hecho sea constitutivo de delito | Art. 620. 2 último párrafo: amenaza de carácter leve cuando el sujeto pasivo sea alguna de las personas del 173.2 CP. |
| Pena de multa | De diez a veinte días | De diez a veinte días | |
| Localización permanente | | | De cuatro a ocho días |
| Trabajos en beneficio de la comunidad | | | De cinco a diez días |

Esas mismas conductas cuando se lleven a cabo sobre cualquier otra persona que no sea la mujer-pareja seguirán formando parte de las faltas a las que ya hemos hecho mención, del actual art. 620 CP con una pena de multa, y como mucho con penas de localización permanente de cuatro a ocho días o de trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días en caso de que las conductas vayan referidas a algunas de las personas del 173.2 menos las ya mencionadas mujeres pareja.

Por descarte entonces, debería resumirse que las amenazas leves a cualquiera de las personas que no sean o hayan sido esposas o mujeres ligadas al autor por análoga relación aun sin convivencia, y las amenazas leves con armas que no vayan dirigidas a cualquiera de las personas mencionadas en el art. 171.5, serán castigadas conforme a lo dispuesto en el art. 620 CP.

A tales fines de superprotección de las mujeres, según lo reflejado en la ley, las amenazas leves con armas del hoy art. 171.5 hoy, eran consideradas delictivas en todo

caso cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, sin embargo mediante ley de 2004, las amenazas leves con armas se consideran faltas con carácter general y delito en el caso de que se refieran al igual a alguna de las personas descritas en el art. 173.2, pero justamente exceptuando a las mujeres pareja, según lo establecido en la propia letra de la ley del 171.5, por lo que cualquier amenaza, con o sin armas a las mujeres pareja se llevará por el art. 171.4, es decir, aquella que se castiga con una pena de seis meses a un año, y no con la de tres meses a un año.

2.3. La constitucionalidad de este tipo penal

Como ya se ha señalado, la triple regulación de las amenazas leves como falta y como delito presenta en principio algunas dudas respecto de los principios de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad, y así lo entendió el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia. De esta manera se resuelven mediante **STC núm. 45/2009 de 19 de febrero** las cuestiones de constitucionalidad planteadas, la primera por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, respecto del art. 171.4 del CP, en la redacción al mismo por el art. 38 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por vulnerar los artículos 9.3, 10, 14, 24.2 y 25 de la CE: *diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo*. El primer escrito es del Juzgado de lo Penal núm.1 de Murcia y los otros once Autos proceden de la misma Magistrada pero como titular del Juzgado de lo Penal núm. 4.

Respecto del principio de igualdad, el principal problema que detectan los Juzgados de lo Penal núm. 1 y 4 de Murcia es la distinción de pena que se establece en función de los sujetos activo y pasivo, de tal manera que “se diferencia la pena del delito de amenazas leves con armas cuando el sujeto activo es un varón y el sujeto pasivo la mujer que es o fue su pareja de la pena que se atribuye a la misma conducta entre los sujetos mencionados en el art. 173.2 CP. Esta diferencia es menor respecto a las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos, que pasan a ser falta cuando no se produce entre los sujetos activos y pasivos del art. 171.4 CP¹⁰⁸⁷”. Las dudas de constitucionalidad que se plantean lo son sobre todo en relación a los

¹⁰⁸⁷ Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad del art. 171.4 CP en su redacción de LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, de los Juzgados de lo Penal núm. 1 y 4 de Murcia y que el Pleno del TC resuelve por Sentencia núm. 45/2009 de 19 de febrero.

principios de proporcionalidad y de igualdad. El TC al analizar (al igual que ya hiciera en la STC 59/2008, de 14 de mayo con el art. 153.1), el principio de igualdad en referencia al art. 171.4 parte de la finalidad de la norma; que “el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”, cuestionando la racionalidad de la diferenciación a través del análisis; a) legitimidad del fin de la norma, b) funcionalidad de la diferenciación cuestionada para la legítima finalidad perseguida y c) no parece que la diferencia en las consecuencias jurídicas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad. En este mismo FJ. 4 se analizan las conductas a debate, no encontrando problemas en relación a las amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos, pues la gran diferencia entre el art. 171.5 y 171.4 está en el marco penal de la pena alternativa de prisión que es de tres a seis meses respectivamente, justificado por el hecho de que el 171.4 se catalogue por el legislador como “violencia de género”. Se detiene sin embargo el TC en el análisis de las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos, pues si éstos van referidos a los sujetos del 173.2, la pena será de localización permanente (que es la pena que se estima en el art. 620 párr. 3¹⁰⁸⁸), es decir, una falta en el que el plazo de suspensión de la pena es menor (art. 80.2 CP¹⁰⁸⁹) y tal suspensión no podrá quedar condicionada al cumplimiento de las obligaciones adicionales (art. 83.1¹⁰⁹⁰). Mientras que esas mismas

¹⁰⁸⁸ **Art. 620. 3 CP:** “Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: 2. Los que causen a otro una amenaza, ... de carácter leve. En los supuestos del núm. 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días, etc.”

¹⁰⁸⁹ **Art. 80. 2 CP:** “El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena”.

¹⁰⁹⁰ **art. 83. 1 CP:** “La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el juez o Tribunal, conforme al art. 80.2 de este código. En el caso de que la pena suspendida fuere de prisión, el juez o tribunal sentencionador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado entre las siguientes:

- 1ª: Prohibición de acudir a determinados lugares
- 2ª: Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.
- 3ª: Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.
- 4ª: Compadecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas

conductas dirigidas contra “quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”, será castigado con una pena de prisión de seis meses a un año, y por tanto su tratamiento como delito conllevará una aplicación más estricta en el régimen de la suspensión. Diferencias que el TC analiza desde el marco del juicio constitucional de igualdad y analizando si esas diferencias convierten en desproporcionada la diferenciación normativa. La diferenciación cuantitativa y cualitativa entre delito y falta ya fue estudiada con el anterior precepto recogido en el art. 153.1 en su redacción dada por LO 11/2003, cuya cuestión de inconstitucionalidad fue rechazada por considerarse notoriamente infundada en los ATC 233/2004 de 7 de junio y 332/2005 de 13 de septiembre. Por dos motivos básicamente, el TC acaba permitiendo tal diferenciación; en primer lugar ésta se sustenta en las finalidades de la diferenciación, que conviene recordarlo, son la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres. Y en segundo lugar, por el sistema flexible de determinación de la pena del 171.4, que permite bien sustituir la pena de prisión, o bien su reducción en grado que hace que se reduzca la diferenciación punitiva.

En cuanto al análisis de proporcionalidad por tanto, se hace referencia a los anteriores Autos mencionados relacionados con el anterior art. 153.1 concluyendo que (FJ.7), “las diferencias punitivas entre el antigua art. 153 CP y el vigente art. 171.4 son pocas y muy limitadas- en esencia sólo afectan a las amenazas leves sin armas u otros instrumentos peligrosos-, y no modifican el resultado del juicio constitucional de falta de desproporción emitido en los reseñados AATC 233/2004 y 332/2005.

Formulan voto particular los Magistrados VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS quien se remite a lo expresado en su propio voto particular a la STC 59/2008, pues “la base fundamental tanto de la precedente como de la actual Sentencia, aunque cada una de ellas se refiera a distintos preceptos del Código Penal, se cifra en el mayor desvalor de la conducta incriminada cuando es el varón el que la realiza, que cuando es realizada

5ª: Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

6ª: Cumplir los demás deberes que el Juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el juez o tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado”.

por una mujer en las circunstancias que el precepto indica y en el seno de la relación interpersonal a la que se circunscribe. En el voto particular a la STC 59/2008, de 14 de mayo, expuse las razones que me llevaban a no aceptar ese proclamado mayor desvalor, razones a las que me remito en su integridad, dándolas aquí por reproducidas, y que incluso en este caso se intensifican, habida cuenta que, no sólo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena, sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor”. Por todo ello el Magistrado considera que debería haberse estimado y declarado la inconstitucionalidad del precepto.

También el Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ comienza su exposición con un recuerdo a los artículos 1, 6 y 9 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 que se corresponden con los artículos 10.1, 14 y 24.2 de la CE, para cuestionarse después si en realidad el 171.4 respeta esos principios. Cuestión a la que hace frente respondiendo a tres niveles de análisis; compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, constitucionalidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el concreto 171.4 y los fundamentos de que se hace eco la sentencia. En base a estos puntos critica la falta de identidad entre el art. 1.1 de la LO1/2004 y el 171.4 pues el elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador, por lo que se produce una falta de identidad entre la redacción del precepto y el propósito declarado por la ley. Además, si nos adentramos en el verdadero sentido de la ley se advierte que “lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de la amenaza”, sin embargo, a su juicio “resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa que de toda amenaza proferida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 171.4 CP”, continua argumentando que “para la sentencia no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya”.

Y por último el Magistrado RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS quien objeta que la cuestión es aún más aguda a lo que se expone en la Sentencia “porque no se trata de una pena mayor para un mismo hecho, según se cometa por la mujer, o por el hombre, sin

de que esa misma conducta en un caso constituye falta y en el otro delito, lo que, aparte de otras consideraciones respecto a de que por medio está el empleo de armas, hubiera exigido una mayor ponderación respecto a la proporcionalidad y la igualdad, y en todo caso, una interpretación conforme expresa, llevada al fallo”.

Una vez más, tanto los argumentos como las críticas nos recuerdan a los que se dieran en las sentencias relativas a la constitucionalidad del art. 153.1, con la excepción de las particularidades propias de este delito que van referidas sobre todo a las distintas conductas, es decir, las amenazas leves a la mujer pareja (171.4) y a las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos a las personas relativas al ámbito cuas-doméstico exceptuando a la mujer-pareja (171.5). Pero como en aquella ocasión hicimos, también aquí nos referimos al siguiente capítulo en el que se hará el análisis político-criminal correspondiente de las cuestiones planteadas tanto por el Auto de cuestionamiento de inconstitucionalidad, tanto por el propio TC y los votos particulares.

V. EL DELITO DE COACCIONES LEVES DEL ART. 172.2 CP

1. FUNDAMENTO

El art. 172.1 CP que regula las coacciones queda según la LO 15/2003 de modificación del código penal. La LO 1/2004 añade en el art. 172.2 un apartado en el que se establece que *el que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.*

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se

realice quebrantando una de las penas contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los artículos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

De igual manera que el anterior delito analizado, las coacciones leves provienen de la anterior falta del art. 620 CP, que han quedado igualmente previstas para aplicar en todos aquellos casos en los que la coacción leve vaya dirigida a cualquier otra persona que no sea la mujer pareja o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

2. ANÁLISIS DEL TIPO

2.1. Tipo objetivo

A. CONDUCTA TÍPICA: El tipo penal muestra una vez más la elevación a la categoría de delito de conductas de tan baja lesividad que tradicionalmente venían considerándose faltas, y que siguen en el escalafón de las faltas del 620.2 CP, con la excepción de que concurren unos determinados sujetos. La conducta descrita es la de coaccionar de modo leve, es decir, según el diccionario, coaccionar es “violencia física, psíquica o moral para obligar a una persona a decir o hacer algo contra su voluntad¹⁰⁹¹”. Coaccionar según se desprende literalmente de lo dispuesto por el legislador en el art. 172.1 *es castigar al que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto*. En el art. 172.2 se establecen las coacciones leves, que al igual que en las amenazas, su valoración en leves o graves dependerá de lo que el juez estime en el caso concreto. Es decir, las faltas del art. 620.2 pasan a ser constitutivas del delito del art. 172.2 CP cuando el sujeto pasivo es o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia o a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. A diferencia de las amenazas leves, no se contiene previsión agravatoria alguna para el resto de personas enumeradas en el art. 173.2 CP, para quienes, en caso de concurrir se aplicaría la falta del art. 620. 2 último párrafo que

¹⁰⁹¹ Diccionario Espasa Calpe, Madrid, 2000, creación y realización electrónica: Planeta Actimedia, S. A.

es una falta agravada¹⁰⁹², pero en definitiva, tal elevación tiene igual base político criminal que la de las amenazas leves. El elemento esencial de las coacciones es “el empleo de la violencia ilícita para impedir o compeler al otro, sin que tenga que ser irresistible, basta con que tenga entidad bastante para lograr el resultado apetecido, esto es, para doblegar la voluntad del sujeto pasivo, para obligarle a hacer lo que no quiere u obstaculizarle la realización de lo que quiere. Bien entendido que si en un principio la violencia se entendió como violencia física, con el tiempo se incluyeron en ella formas de intimidación y de fuerza en las cosas (en la medida en que por medio de ellas se conseguía el mismo impeditivo)¹⁰⁹³”. Según la Circular 4/2005 “la tipificación de los comportamientos constitutivos de coacciones leves no se extiende a los restantes sujetos pasivos del art. 173.2 CP, por lo que toda coacción de carácter leve entre éstos será constitutiva de la falta prevista en el art. 620.2 a diferencia de lo que ocurre con las figuras del maltrato simple (art. 153.1) y amenazas leves (art. 171.5)¹⁰⁹⁴”. Por ejemplo, no permitir salir a la calle a la mujer, prohibirle los encuentros con las amigas, compelerla a que no trabaje fuera de casa, pueden ser conductas que entren a valorarse por esta figura delictiva.

B. SUJETOS: En el art. 172.2 vuelve a diferenciar según se trate de *quien sea o hay sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*, por lo que el dato de género se manifiesta de igual manera en el tipo. Es otro de los denominados delitos de agravantes de género, por el mismo hecho de que dichos actos de coacciones leves, llevados a cabo sobre otras personas que no sean las específicamente las mencionadas, su castigo procederá conforme al art. 620 CP.

C. BIEN JURÍDICO; Con carácter general en los delitos de coacciones se protege la libertad de obrar de las personas, pues tal y como se deduce de la definición antes

¹⁰⁹² Para más información consultar GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 200, p. 492.

¹⁰⁹³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATALLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 49.

¹⁰⁹⁴ Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

mencionada, tipificada en el art. 172.1 CP, pues se obliga a alguien a hacer algo que no quiere hacer, o por el contrario se le obliga a no hacer algo que le apetece y quiere hacer, siendo indiferente a estos efectos que eso que quiere o no quiere hacer el sujeto sea justo o injusto.

2.2. Consecuencias jurídicas

Se establece el siguiente listado de penas, en orden a hacer frente tanto a la prevención general y motivación de estas penas, tanto en cuanto a la prevención especial del hombre que coacciona:

a) La pena de prisión de seis meses a un año, *b)* trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, *c)* privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y *d)* cuando el juzgador lo estime necesario, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Quizás en un cuadro podamos resaltar mejor las diferencias de pena que el código penal destina a las distintas conductas;

| | Art. 172.2: coacción leve a la mujer pareja | Art. 620.2: coacción leve salvo que el hecho sea constitutivo de delito | Art. 620.2 último párrafo: coacción leve a alguna de las personas del 173.2 |
|---|--|--|--|
| Prisión | De seis meses a un año | | |
| O trabajos en beneficio de la comunidad | De treinta y uno a ochenta días | | |
| multa | | De diez a veinte días | |
| Localización permanente | | | De cuatro a ocho días |
| Trabajos en beneficio de la comunidad | | | De cinco a diez días |

Como señala MAYOR TEJERO “en los casos de coacciones más graves debiera aplicarse el art. 172.1 del código penal, en el que paradójicamente, si bien la pena

privativa de libertad es más grave, puede resultar castigado con pena inferior al permitirse sancionar los hechos con mera multa, en clara incongruencia con la especial protección con la que se quiere dotar a la mujer. De este modo, una coacción más grave podría resultar menos castigada que una coacción más leve sobre la mujer¹⁰⁹⁵.

No entendemos muy bien la inclusión de la última de las penas, pues los hechos y los sujetos contemplados en el art. 172.2 parecen no dar pie a la aplicación de tal pena (*inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*), pues *a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*, sobre la que no se tiene la patria potestad, sino una relación matrimonial o análoga, a no ser que esté pensando el legislador en alguna de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

En los últimos dos párrafos del artículo en cuestión se establecen dos cláusulas que vienen a completar las posibles filigranas que pueden establecerse cuando se realizan estas conductas, de tal forma que; *1. Se podrá imponer la pena en su mitad superior cuando concurran los presupuestos ya analizados en otra parte de este trabajo que dan formación a los subtipos agravados, es decir, cuando las coacciones se perpetren en presencia de menores, o en el domicilio común o de la víctima, o quebrantando una de las penas o medidas cautelares o de seguridad contempladas en el art. 48 del código. 2. también razonándolo en la sentencia se podrá imponer la pena inferior en grado en atención a las circunstancias personales del autor y en función de las circunstancias concurrentes en la realización del hecho.*

2.3. La constitucionalidad de este tipo penal

Del mismo modo se resuelve el TC mediante **STC núm. 127/2009 de 26 de mayo**, las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 172.2 del CP, en la redacción dada por el art. 39 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral de violencia de género: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y

¹⁰⁹⁵ MAYOR TEJERO, C.; “La aplicación real de las normas sobre violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia domestica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 386.

pasivo. Los autos de planteamiento conducen las dudas de inconstitucionalidad en base a cinco puntos; a) respecto del principio de igualdad, b) respecto de la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, c) dudas respecto al término “personas especialmente vulnerables” que iría en contra del principio de taxatividad, y por tanto del de legalidad, d) la utilización en este caso del art. 9.2 CE llevaría a una discriminación negativa para el hombre contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad y e) el principio de proporcionalidad en base a las diferencias de pena entre el art. 172.2 y el 620 CP. El TC en este caso se remite a lo ya establecido en las anteriores STC 59/2008 en relación con el art. 153.1 CP y la STC 45/2009 en relación al art. 171.4 CP. El TC en este caso hace de nuevo la comparativa en los marcos penales que deparan los arts. 172.2 y 620, y la implicación de su consideración como delito o falta respectivamente a la hora de su suspensión¹⁰⁹⁶. Cuestiones que finalmente son inadmitidas, declarando la constitucionalidad del precepto cuestionado. Se formulan votos particulares de los Magistrados:

Vicente Conde Martín de Hijas, quien discrepa al igual que hiciera en las sentencias a las que la actual sentencia se remite (STC 59/2008, STC 80/2008 y STC 45/2009) alegando que “la clave esencial de todas las precedentes Sentencias aludidas en la actual, aunque se refieran a preceptos del código penal diferentes (las dos primeras al art. 153.1, la tercera al art. 171.4 y la actual al art. 172.2) se cifra en el mayor desvalor de la conducta incriminada cuando es el varón el que la realiza, que cuando es realizada por una mujer en las circunstancias que el precepto indica y en el seno de la relación interpersonal a la que los preceptos cuestionados en cada caso se refieren”.

Jorge Rodríguez-Zapata Pérez quien argumenta de la misma forma que ya lo hiciese respecto de la STC 45/2009, dirigiéndose en los mismos términos para manifestar de nuevo su discrepancia con la Sentencia que falla el Pleno del TC de nuevo.

Y último voto particular, el de D. Ramón Rodríguez Arribas quien igualmente discrepa del fallo de la mayoría pues parte de la base “de que la cuestión planteada ante este Tribunal... está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos

¹⁰⁹⁶ En este sentido, el FJ.4 de la STC 127/2009 viene a coincidir con lo expuesto en el anterior FJ. 4 de la STC 45/2009.

argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría en el FJ.4”.

2.4. Diferencias entre las amenazas y las coacciones

Con carácter general, históricamente la diferencia más clara entre un comportamiento y otro procedía del uso o no de violencia; del empleo de fuerza física sobre la víctima en las coacciones, “de violencia *estricto sensu*; pero al dilatarse el perímetro de esta por parte de la jurisprudencia y englobarse en ella la intimidación, los lindes entre ambos delitos se han visto desdibujados. Para reestablecerlos se ha recurrido al dato de la inminencia, clarificador pero insuficiente; si se amenaza con causar un mal inminente, habrá coacciones, si el mal se propone para más adelante habrá amenazas. Se ha matizado que lo decisivo es el momento en que la voluntad se ve afectada: si en la fase de ejecución porque se impide realizar lo decidido, estaremos ante unas coacciones; se es en la fase de formación de la voluntad, ante unas amenazas¹⁰⁹⁷”.

VI. LA FALTA DE AMENAZAS Y COACCIONES LEVES DEL ART. 620.2 CP

1. FUNDAMENTO

Las faltas de maltrato, amenazas y coacciones leves están íntimamente relacionadas con los delitos como vimos en el capítulo II, pues en las últimas reformas han ido transformándose progresivamente en delito; de tal manera que hasta la fecha las únicas conductas que continúan considerándose faltas están tipificadas en el art. 620 CP. En la última reforma llevada a cabo en este ámbito, que es la LO 1/2004 que ahora nos ocupa, acabó por llevar las amenazas y las coacciones leves a los artículos 171 y 172 respectivamente, por lo que quedan excluidos estos comportamientos del art. 620 CP cuando se realicen a la mujer pareja del 171.4 CP y 172.2 CP (y al resto de personas del 173.2 en caso de las amenazas leves del 171.5 CP).

¹⁰⁹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATALLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 50.

Concretamente la falta del art. 620.2 fue modificada por la LO 15/2003 y por la posterior Ley de violencia de género. Como dejamos entrever en el capítulo II de este trabajo, en la última de las reformas (la de 2004), el art. 617.2 desaparece y su contenido pasa al art. 153 CP cuando se realiza contra alguna de las personas del ámbito cuasidoméstico. Es por eso que las únicas conductas que residualmente se constituyen como faltas de maltrato cuando se llevasen a cabo sobre alguna de las personas dispuestas en el art. 173.2 del código son tan sólo las amenazas, coacciones, y las injurias o vejaciones injustas de carácter leve que no se corresponden en un régimen especial con las personas del art. 173.2 CP, así “sin contemplar específicamente en relación con las personas a las que se refiere el art. 173.2 quedan las injurias o vejaciones injustas de carácter leve, que, por consiguiente, serán siempre constitutivas de falta, conforme al régimen general¹⁰⁹⁸”. En conclusión, se puede afirmar que en la actualidad subsisten como faltas, tan sólo: “injurias leves, vejación injusta leve, amenazas leves sin arma de personas que no sean las comprendidas en el art. 171 y coacciones leves de personas no comprendidas en el art. 172 (es decir, sólo serán falta las amenazas leves sin arma y coacciones leves que no sean de género). Y siempre que tales hechos no sean incardinables en las respectivas figuras delictivas de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones¹⁰⁹⁹”.

El **art. 620 CP** establece de manera literal que;

Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

- 1. Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligros, o los que saquen en riña, como no sea en justa defensa*
- 2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

¹⁰⁹⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 200, p. 493.

¹⁰⁹⁹ MORENO VERDEJO, J.; “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de Jurisprudencia” en POLO GARCÍA, S. y PERAMATO MARTÍN, T.; en *Aspectos procesales y sustantivos de la LO 1/2004*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, p. 23-24

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

El art. 620.2 último párrafo es una falta agravada en función de la intervención en la realización de la conducta típica del art. 173.2 CP.

2. ANÁLISIS DEL TIPO

2.1. Tipo objetivo

A) CONDUCTA; A los efectos aquí contemplados, interesa hacer especial mención a aquellos comportamientos descritos en el apartado 2 del tipo, pues va referido a los hechos que históricamente estuvieron vinculados a la falta de maltrato. Dícese de aquellas amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve, salvo que los hechos sea constitutivos de delito, delitos creados a partir de la ley de 2004, que eleva determinados comportamientos aquí reflejados no como faltas, sino como delitos, en virtud de los sujetos sobre las que se llevasen a cabo, cuestión que analizaremos en el capítulo inmediatamente posterior.

En el caso concreto de las faltas del 620 CP, la levedad de la conducta es predicable de todas las acciones descritas, de tal manera que se trataría de:

- amenazas leves; “la diferencia entre el delito y la falta gravita sobre la distinta gravedad de la amenaza; gravedad a valorar por el juez a partir de criterios cuantitativos y cualitativos, de la seriedad con que está hecha, de que sea creíble, de los datos antecedentes y concurrentes- SSTS de 17 de junio de 1978, 23 de julio de 2001, 15 de octubre de 2004)-. Precisiones no exentas de gravedad.¹¹⁰⁰”

¹¹⁰⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATA LLÍN EVANGELIO, A.; ORTOS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 48

-coacciones leves: la falta de coacciones se diferencia del delito de coacciones “no por la menor entidad de la violencia, sino por la menor gravedad de la conducta impuesta o impedida (según la STS de 2 de febrero de 2000, para ubicar una conducta en el delito o en la falta, ha de valorarse la mayor o menor trascendencia del acto de coacción, la intensidad de la presión ejercida y el grado de malicia del agente)¹¹⁰¹”.

- injurias leves; Según el art. 208 CP *es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentado contra su propia estimación. Sólo serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves*. Motivo por el que se deduce que “la injuria es la acción, la expresión o la imputación de un hecho (no constitutivo de delito) que lesionan la dignidad de la persona¹¹⁰²”.

- vejación injusta de carácter leve se corresponden con los tratos degradantes de menor entidad¹¹⁰³.

B) BIEN JURÍDICO; Aunque de alguna manera ya se ha hecho referencia a los bienes jurídicos que están detrás de estas conductas al analizar los delitos de género, dentro del numeroso listado de conductas previstas en el tipo penal, podemos decir que aunque históricamente el tipo en concreto estuvo vinculado al maltrato, resulta conveniente a día de hoy desglosar conducta a conducta cuál es el bien jurídico latente que justifica la prohibición del comportamiento;

Así detrás de las amenazas, según sean o no constitutivas de delito suele estar latente o bien la libertad o el sentimiento de seguridad¹¹⁰⁴

En lo referente a las coacciones es la libertad de obrar e bien jurídico afectado por las conductas de amenazas.

En lo que se refiere a las injurias, dentro del Título XI referido a los delitos contra el honor, por lo que sería el honor, o la dignidad de la persona humana el bien jurídico objeto de protección en los comportamientos injuriosos.

¹¹⁰¹ Ibídem, p. 51.

¹¹⁰² Ibídem, p. 101

¹¹⁰³ Ibídem, p. 54

¹¹⁰⁴ Esta afirmación será desarrollada con más detenimiento cuando nos ocupemos en el capítulo siguiente de las amenazas del art. 171. 4 y 5 CP.

Por su parte, detrás de las vejaciones injustas de carácter leve, al ser las correspondientes faltas de los delitos de tratos degradantes, según el art. 171.1 relaciona el infligir a una persona un trato degradante que menoscabe la integridad moral, por lo que sería ésta última el valor jurídico a estimar en la protección de esas conductas.

C) SUJETOS; En este delito se hace una mención expresa a todos los sujetos pasivos mencionados en el art. 173.2, y cuando el ofendido por esas conductas fuere alguna de las personas allí mencionadas, la pena prevista para hacer frente a tales comportamientos no será la de pena de multa de diez a veinte días, sino la de localización permanente e cuatro a ocho días o trabajos en beneficio de la comunidad. Es decir, es un delito común.

2.2. Consecuencias jurídicas

Son hechos cuya perseguibilidad se inicia a instancia de parte, mediante denuncia de la persona agravada o de su representante legal según se manifiesta expresamente el legislador en el art. 620.2 párrafo segundo.

En realidad la pena que acompaña a esta falta no es la genérica de la multa de diez a veinte días, sino que las penas son otras según lo dispuesto por el art. 620. 2 párrafo tercero en función de los sujetos que intervienen, pues cuando “las personas fueren alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”. Por tanto, hay una distinción en función de que esos hechos se lleven a cabo sobre alguno de los sujetos pasivos establecidos de forma expresa en el art. 173.2 CP, por lo que hay distinción en las penas:

- localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima.
- trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días

La pena de localización permanente es una pena privativa de libertad según lo establecido en el art. 35 CP, y que fue introducida en el código mediante LO 15/2003 en

sustitución del arresto de fin de semana, en realidad se trata de un híbrido entre el viejo arresto domiciliario y el arresto de fin de semana¹¹⁰⁵. En el art. 37 CP se establece su duración máxima que no puede pasar de los doce días, motivo por el que es establecida en el art. 33.4 CP como pena leve y por tanto aplicable a las faltas.

Pero por otra parte, como ya mencionamos más arriba, la pena privativa de derechos recogida en el art. 48 CP también es aplicable según el art. 57.3 CP que dispone que *“podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620 CP”*.

Estas medidas especiales a aplicar en el caso concreto de que se trate de faltas relacionadas con la violencia doméstica, como vimos se estableció en virtud de una de las reformas llevadas a cabo en el año 2003 pues en función de la prevención especial del delito se demostró que no aconsejable la imposición de la pena de multa con la finalidad de que no fueran las propias víctimas las que acabasen pagando el castigo, pues muchos agresores con la excusa de hacer frente al pago de la multa, no pagasen las cuotas establecidas de manutención a los hijos, etc.

Para acabar de cuadrar los cambios que la LO 1/2004 llevó a cabo, “para adaptar la nueva situación de las faltas del art. 620 a la nueva situación creada con ocasión de de la conversión de algunas de dichas faltas en delitos, se introduce, tanto al final del art. 620.1 como al final del art. 620.2, una referencia en orden a excluir que el hecho acabado de mencionar sea constitutivo de delito¹¹⁰⁶”.

VII. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL ART. 468. 2 DEL CP

1. FUNDAMENTO

El tipo penal que regula el quebrantamiento de condena modifica su redacción mediante LO 1/2004 y queda redactado de la manera que sigue:

¹¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho penal. Parte general*, Sexta edición revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 510.

¹¹⁰⁶ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 269.

“1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2¹¹⁰⁷”.

El segundo de los párrafos concreta la novedad que se deriva de la reforma de 2004, en la que se desenvuelve un régimen especial para los casos de quebrantamiento cuando concurra alguno de los sujetos pasivos descritos en el art. 173.2 CP, por tanto no es un delito con una agravante específica de género propiamente, y por eso no hace referencia sólo a la mujer pareja, sino a las personas relacionadas con el ámbito cuasi-doméstico, aunque la mayoría de los casos se vean envueltos dentro de la relación de pareja. Este delito está íntimamente ligado al art. 57.2 CP, en virtud de la obligación establecida por ley de aplicar en todo caso la medida de alejamiento en los delitos de lesiones, contra la integridad moral, etc., bien como medida cautelar o de seguridad, bien como pena, etc. Por eso lo que hace el art. 468 CP es recoger las consecuencias para el caso de que se quebrante tal obligación interpuesta por el juez en sus tres modalidades (medida cautelar, de seguridad o como pena), exigiendo la pena de prisión en cualquier caso. Una de las manifestaciones más relevantes es que pareciera que con este delito se ha intentado detener el número de casos de mujeres, que tras acudir a un juzgado que impone el alejamiento entre ella y su pareja, decide después reanudar la convivencia quebrantando la decisión del tribunal. Pero para ello no se entiende por qué no podía hacerse frente con la regulación existente del quebrantamiento, y por qué la necesidad de crear un tipo distinto en 2004 que de un trato diferenciado y agravatorio cuando el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁷ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del código penal, publicada en el BOE núm. 152, el miércoles de 23 de junio de 2010 modifica este punto y añade “así como aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada”.

¹¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho penal. Parte especial, Décimo sexta edición revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 936.

Hay quienes apuntan que quizás sea el móvil del autor, que en este caso no es recuperar la libertad, sino más bien “querer acercarse a la víctima del delito”, el que justifica la imposición de la pena en este supuesto concreto¹¹⁰⁹.

En cuanto a su naturaleza jurídica, hay posiciones divididas, ya que parte de la doctrina define el apartado 2 del 468 como delito autónomo distinto al establecido en su apartado 1, ya que el apartado 2 se refiere a *los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza*, mientras que el apartado 1 es más claro porque se refiere a *los que quebranten su condena*¹¹¹⁰. Sin embargo para otra parte de la doctrina el apartado 2 del 468 se constituiría como un subtipo agravado¹¹¹¹ del apartado 1 en función de las necesidades propias que presenta este tipo de criminalidad según la filosofía que se desprende de la ley de género. Partimos en este trabajo de su consideración como un tipo agravado.

2. ANÁLISIS

2.1. Tipo objetivo

A) Conducta

El ámbito de la acción consiste en el *quebrantamiento de una pena o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza que se impone con respecto a alguna de las personas descritas en el art. 173.2 CP*. Una de las cuestiones que subyace a esta regulación es la de analizar si igualar estos tres tipos de medidas es adecuado, pues como vemos no responden al mismo momento del procedimiento. Una medida cautelar no responde a una sentencia firme, como sí lo harían una pena o una medida de seguridad, por lo tanto trataremos de dilucidar aquí si dicha equiparación resulta o no acertada. En realidad partimos de que el ámbito de lo ilícito no es igual cuando se trata

¹¹⁰⁹ ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Colección de derecho penal, Madrid, 2006, p. 275.

¹¹¹⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R.; “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre, 2007, p. 12.

¹¹¹¹ VALEIJE SÁNCHEZ, I.; “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXVI, 2006, Santiago de Compostela, p. 342.

de medidas cautelares que cuando se trata de una pena. Por eso no hay que perder de vista la finalidad de una medida, que no es otra que evitar un nuevo comportamiento violento, por lo que habrá que atender es al pronóstico de peligrosidad, lo cual no puede traer causa sólo del hecho en sí, sino de la situación concreta de la pareja que sufre violencia. Se acusa que así, los jueces para no caer en persecución mediática por descuidar este tipo de medidas de seguridad imponen a diario el alejamiento obligatorio entre los cónyuges. Sin embargo en la práctica, la mayoría de las mujeres que acuden a un juzgado en búsqueda de una solución, acaban perdonando a su agresor y por tanto, en reconciliación y en el restablecimiento de la convivencia en muchos de los casos, por lo que paradójicamente, ya no sólo el hombre estaría incumpliendo una de las medidas de las impuestas por el juez, sino que incluso la propia mujer podría ser considerada como partícipe.

Las consecuencias inmediatas de esta obligación ya están siendo objeto de crítica, no sólo desde la doctrina, sino también desde las Instituciones del Estado competentes al efecto, como es el caso del Fiscal de Violencia de género quien critica que se imponga en todos los casos porque en algunos resulta “inoperante” pidiendo por tanto un poco de margen, sin negarse a la necesidad de la medida pero criticando que se imponga en todo caso¹¹¹². La propia Audiencia Provincial de Tarragona ha elevado uno de los casos enjuiciados por ella al tribunal de la UE, porque “los magistrados tarraconenses creen que la ley es contraria a derecho comunitario en su principio al respeto de su vida privada y familiar¹¹¹³”. Algunas de las incongruencias a las que puede llegar la aplicación severa de las novedosas medidas de la llamada ley de género se reflejan y tienen su máximo exponente en la obligación a cualquier precio del alejamiento, que es lo que provoca después su quebrantamiento, pues la gravedad o la enjundia de las conductas que entran bajo la obligación del quebrantamiento es muy variada, desde un homicidio o unas lesiones (art. 57.1) hasta una falta de las reguladas en los arts. 617 y 620 CP (art. 57.3, aunque es este último caso la pena de prisión no puede exceder los seis meses de prisión).

¹¹¹² El País 1 de noviembre de 1008, “La Fiscal de violencia de género cuestiona el alejamiento forzoso del agresor”.

¹¹¹³ El País, 8 de octubre de 2009, “Víctimas protegidas a su pesar. La Ley obliga a penas de alejamiento en las conductas por maltrato. ¿Puede un juez impedir una reconciliación? El Constitucional y Luxemburgo deberán aclararlo”.

En cuanto al momento consumativo, hay quienes estiman que el quebrantamiento se conforma como un delito de mera actividad, “que se consuma con la desobediencia de las obligaciones de comportamiento que conforman la decisión jurisdiccional penal de que se trate¹¹¹⁴”. Sin embargo hay otra parte de la doctrina que entiende que el delito de quebrantamiento es un delito de resultado¹¹¹⁵. Quizá habría que distinguir aquí, en base a la peligrosidad que puedan representar algunos actos, los casos por ejemplo en los que se quebranta a través de un mensaje al móvil, de los casos en los que el maltratador espera a las puertas de la casa a su víctima llegando incluso a agredirla, de los casos en los que el acercamiento es consentido por la propia víctima y el quebrantamiento se produce por un encuentro consentido. Pues bien, según la redacción actual, esos tres casos son iguales y merecen igual tratamiento legal. Como comprobaremos, si el bien jurídico fuese únicamente la Administración de Justicia, podríamos afirmar que se vería afectado su funcionamiento desde el momento en que se quiebra una resolución de ella emanada, sin embargo habrá que plantearse si tal argumento es suficiente como para castigar incluso a las mujeres que actúan bajo esa situación.

En el proyecto de Reforma del Código penal en junio de 2010 se han introducido cambios para la redacción del apartado 2 de este 468, introduciendo la misma pena para aquellos que quebrantasen la pena de libertad vigilada, que es novedad añadida al art. 57.2 y a la que hicimos mención al analizar el alejamiento como medida de seguridad en el capítulo III de este trabajo.

B) Sujetos

En esta ocasión los protagonistas de este injusto vuelven a ser esencialmente los relacionados con el ámbito cuasi-doméstico pero introducido con la LOMPIVG. Los sujetos activos serán aquellos que *quebranten una pena de las contempladas en el 48 de este código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 CP*. Es decir, que

¹¹¹⁴ MESTRE DELGADO, E.; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en LAMARCA PÉREZ, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Madrid, 2005, p. 640.

¹¹¹⁵ GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATALLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 322

como sujetos pasivos se prevén aquellos relacionados con el art. 173.2 CP, *quien sea o haya sido cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.*

En realidad en el quebrantamiento sólo puede ser sujeto activo “el que está en situación de poder quebrantar su condena, como los privados de libertad que están cumpliendo condena por delito, los presos preventivos, los sometidos a una medida de seguridad, etc.¹¹¹⁶”, por tanto, se trataría de un delito de propia mano¹¹¹⁷. Sin embargo, concretamente el apartado 2 también puede ser considerado como un delito especial propio¹¹¹⁸, es decir, estimando como sujetos activos a personas especialmente cualificadas, de tal manera que la misma conducta realizada por otros sujetos no constituiría delito. O podría estimarse como un delito especial impropio, dependiendo si aceptamos su correspondencia con el común del apartado 1, siendo que la gran diferencia entre uno y otro es el valor que le demos a la redacción de “la condena” (del apartado 2) y de “su condena” (del apartado 1).

Quizás por este matiz, pese a su consideración como delito especial propio, afirma MONTANER FERNÁNDEZ que “no sólo la persona sentenciada o sujeta a la medida debe colaborar con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, sino que en

¹¹¹⁶ SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 12ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, p. 888

¹¹¹⁷ CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M.; *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 2330 afirma que “autores de los delitos castigados en el art. 468 únicamente lo pueden ser las personas condenadas o sometidas a medidas de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Tal delimitación en la esfera de los autores confiere a dichos delitos la naturaleza de delitos de propia mano. Los actos de intervención en los hechos descritos en el art. 468 pueden constituir el tipo de los arts. 470 o 471”.

¹¹¹⁸ MESTRE DELGADO, E.; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en LAMARCA PÉREZ, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Madrid, 2005, p. 640 y 641.

dicha tarea también juega un papel fundamental el comportamiento que adopte la persona en cuyo favor se imponen esas prohibiciones. Y he aquí el núcleo importante de la cuestión, ya que el tenor literal del tipo del art. 468.2 CP permite afirmar que las penas o medidas de protección a las víctimas también pueden ser quebrantadas por las propias víctimas¹¹¹⁹”. Es por ello que haciendo alarde de un planteamiento más positivista que crítico, “existirá base legal para responsabilizar penalmente a la mujer maltratada a la que se pretendía proteger mediante la pena o medida que (también) ella quebranta. Es más, ante esta situación cuando menos paradójica, podrá imponerse una desproporcionada pena de prisión de seis meses a un año¹¹²⁰”. Y para llegar a esta conclusión la autora se basa en la distinción no tanto entre delitos especiales propios e impropios sino, entre delitos especiales de deber y delitos especiales de posición¹¹²¹. Según esta autora, a la primera de las modalidades respondería el apartado 1 del art. 468 y a la segunda el apartado 2, teoría por la que la mujer podría ser imputada no a título de partícipe, sino inclusive de autora¹¹²². Por ello, si a diferencia del apartado 1 en donde se establece de *lege data* que el sujeto activo quebrante **su** condena o pena o medida, etc., en el apartado 2, no se utiliza el posesivo, motivo por el cual el sujeto activo podría ser además de la persona a la que se impone la condena, también las personas beneficiarias de esas medidas¹¹²³.

¹¹¹⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R.; “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre, 2007, p. 13.

¹¹²⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹¹²¹ En vez de la clásica distinción entre delitos especiales propios e impropios, ROBLES PLANAS, R.; *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 238, distingue entre delitos de posición y delitos especiales de deber, “se trata de la distinción entre aquellos delitos que son especiales por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión (delimitación de la posición especial) de aquellos otros que establecen limitaciones ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica. Los primeros se denominan aquí delitos de posición y los segundos delitos especiales de deber”.

¹¹²² MONTANER FERNÁNDEZ, R.; “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre, 2007, p. 13 “la mujer que consiente o provoca que su agresor incumpla la prohibición de protección pueda ser castigada no sólo como partícipe en el delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP, sino incluso como autora del mismo”.

¹¹²³ *Ídem*, “el art. 468.2 es un delito especial en la medida en que sólo pueden ser sujetos activos determinadas personas por encontrarse en una posición especial o idónea para lesionar el bien jurídico, esto es, la persona condenada o sujeta a la medida y la persona beneficiaria de aquella”.

Sin embargo, para otra parte de la doctrina que considera la clásica distinción entre delitos especiales niega la posibilidad de que la mujer pueda ser coautora, al no concurrir en ella los requisitos que establece el art. 468 CP¹¹²⁴, pero sí podría ser imputada a título de inductora o cooperadora necesaria de un delito del art. 468 CP¹¹²⁵. Y tampoco con carácter general, la participación en el quebrantamiento viene recogida en el art. 470 CP, pero su redacción no cuadra el comportamiento de la mujer que consiente volver a convivir, o acercarse simplemente a su maltratador, ya que el 470 exige que ese particular, *preso o detenido, bien en el lugar que esté retenido, bien durante su conducción*, lo cual no casa en estos casos porque en primer lugar el maltratador no tiene porqué estar privado de libertad¹¹²⁶.

Si bien dogmáticamente pareciera que el código penal no permite zafarse a la mujer del castigo penal al menos como partícipe, político criminalmente esta afirmación es cuento menos rebatible, si partimos del fin de lograr el empoderamiento de las mujeres. Es por ello que, aunque aquí hayamos puesto de manifiesto su regulación positiva, en el último capítulo haremos una especial mención a lo que debería ser, en aras a ese fin último de respeto de la voluntad de las mujeres.

C) Bien jurídico

Según una interpretación sistemática de la parte especial del libro II del código penal, el bien jurídico protegido por este tipo penal es la Administración de justicia¹¹²⁷, pues ahí se encuentra ubicado, dentro del título de los delitos contra la Administración de Justicia. De esta manera se entiende a la Administración de justicia “como aglutinador de un conjunto de conductas que pueden afectar su funcionamiento. En concreto, el art. 468 singulariza este interés general en la necesidad de preservar

¹¹²⁴ RAMOS VÁZQUEZ, J. A.; “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, en *Anuario de la Facultad de Derecho Da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional)*, núm. 10, 2006, p. 1232 el art. 468 es un delito especial ya que “sólo puede ser cometido por aquel frente al que se dictó condena, medida cautelar”.

¹¹²⁵ *Ibidem*, p. 1228.

¹¹²⁶ MONTANER FERNÁNDEZ, R.; “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica...”, *op. cit.*; p. 11-12.

¹¹²⁷ SERRANO GÓMEZ, A.; SERRANO MAÍLLO, A.; *Derecho Penal. Parte Especial, 12ª ed.*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 888 “el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en su última fase, que es el cumplimiento de ciertas resoluciones judiciales”.

indemne la efectividad de las resoluciones judiciales en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares adoptadas durante el proceso o la instrucción de la causa¹¹²⁸”. Tras ese valor o interés, lo que el Estado pone en juego es su credibilidad ante el resto de la sociedad en el funcionamiento del sistema judicial, en la obediencia y cumplimiento de las condenas por parte de los condenados a ellas. Es decir, un bien jurídico no disponible por la voluntad de las partes.

Sin embargo, si bien es cierto que este bien jurídico no plantea problemas respecto del primer apartado de este artículo, no se puede decir lo mismo respecto del segundo, sobre todo, en relación a las obligaciones en su caso incumplidas¹¹²⁹. Hay algunos autores que plantean la existencia de un delito pluriofensivo¹¹³⁰ dentro del apartado 2 de este artículo, en el que hay que valorar como bien jurídico protegido no sólo la Administración de Justicia, sino que también desempeña un papel importante la <indemnidad de la mujer y de otras víctimas de delitos de violencia de género¹¹³¹>, es decir, para algunos autores “el incremento punitivo respecto al régimen común del quebrantamiento de dichas penas o medidas cuando responden a delitos que no sean de violencia de género, es una muestra patente de que la indemnidad de la víctima, motivo esencial de la imposición de las penas y medidas previstas en el art. 48 adquiere una centralidad como objeto de protección, que convierte a esta figura, en realidad en un

¹¹²⁸ DE LEÓN VILLALBA, F. J.; “Art. 468”, ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1ª edición, 2007, p. 957. De la misma opinión es ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 276 donde la autora argumenta a favor de un bien jurídico único que es “la Administración de Justicia y en particular la lesión de la efectividad de las resoluciones judiciales por lo que no puede entenderse que se trate además de otorgar protección a bien jurídico individual alguno de la víctima”.

¹¹²⁹ MONTANER FERNÁNDEZ, R.; “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica...”, op. cit.; p. 9.

¹¹³⁰ QUERAT i JIMÉNEZ, J. J.; “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley de Violencia de Género”, en MONTALBÁN HUERTAS, I.; (Directora), *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 2005, p. 171. De la misma opinión es VALEIJE SÁNCHEZ, I.; “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. XXVI, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 345, apuesta por un cambio de orientación en la lectura del bien jurídico, pues “la medida cautelar o pena que se impone trasciende al interés genérico del buen fin de la acción de la justicia y pasa a desempeñar un papel principalísimo la indemnidad de las víctimas de delitos de violencia doméstica”.

¹¹³¹ QUERAT i JIMÉNEZ, J. J.; “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley de Violencia de Género”, en MONTALBÁN HUERTAS, I.; (Directora), *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 2005, p. 170.

delito pluriofensivo¹¹³²». Esta tesis va a resultar de especial interés a la hora de calibrar, en un momento posterior el valor que pueda tener el consentimiento de la mujer que permite que el marido quebrante la orden de alejamiento impuesta por un juez. De esta manera, para ARROYO ZAPATERO los agresores que quebrantan la pena o la medida de alejamiento “no solo lesionan el bien jurídico de la Administración de Justicia, sino que ponen en peligro la seguridad de la víctima a quien se trata de proteger, generando en ella un fundado temor a la continuación del maltrato, del ciclo de la violencia y de nuevos riesgos y peligros. Esta pérdida psicológica y material de la seguridad que proporciona la orden de protección no es un mero peligro abstracto o concreto sino un daño efectivo para la mujer¹¹³³».

De la misma manera se pronuncia la jurisprudencia, resaltando lo dispuesto en la SAP de Guipúzcoa de 26 de septiembre de 2006, en cuyo FJ 4 afirma que gran parte de la doctrina penalista y de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales mantiene que el art. 468.2 contiene un bien jurídico pluriofensivo, es decir, en el que se tutelan dos bienes jurídicos complementarios “uno de naturaleza institucional, centrado en el adecuado funcionamiento del sistema institucional de Justicia; otro de naturaleza personal, ceñido a la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege”.

Si bien tomamos de referencia la primera de las opciones, no quiere decir que el desvalor de lo que le ocurra a la víctima vaya a quedar fuera de castigo sino que siempre que se produzca un quebrantamiento con resultado lesivo de algún tipo podrá recurrirse al concurso de delitos. Es decir, el quebrantamiento con unas lesiones fruto de ese quebrantamiento o unas amenazas, etc. Aunque debemos recordar en este punto que en muchos de los delitos analizados hasta ahora, es decir, en el 173.2, en el 153, 171. 4 y 5, y 172.2 se establecía una agravación en el caso de que se cometieran esos delitos quebrantando una de las penas contempladas en el art. 48, o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

¹¹³² *Ibidem*, p. 170-171.

¹¹³³ ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional de y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en homenaje a la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 731.

Por otra parte interesa destacar en este punto una solución a la situación de las mujeres que podrían llegar a ser castigadas no solo por las reglas de la participación, sino incluso por las de la autoría (del quebrantamiento), lo cual supondría una victimización secundaria clara para la mujer, que lejos de ser protegida por la justicia penal, es castigada por ella por reiniciar la convivencia con su agresor. Cómo se gestiona en la actualidad el riesgo que corre una mujer maltratada que denuncia y es separada de su agresor mediante orden de alejamiento es una cuestión ardua que necesita de una respuesta más benévola y respetuosa con la capacidad de decisión de las propias mujeres.

2.1.1. Especial consideración al consentimiento de la víctima

Si consideramos que es la Administración de Justicia el bien jurídico protegido por el delito, ¿qué papel puede tener el consentimiento de la víctima? El comportamiento de la víctima en los delitos de violencia doméstica y violencia de género tiene una relevancia especial debido a las relaciones interpersonales sobre las que se sustentan esta clase de delitos. Quizá en el delito de quebrantamiento este aspecto tome más protagonismo que en el resto de comportamientos pues muchas veces el agresor al que se impuso la pena o medida de alejamiento, se acerca a la víctima con el consentimiento de ésta, es decir, reinician una convivencia que se rompió y eso es reprochable jurídicamente a los efectos de lo dispuesto en el art. 468.2 CP. La disyuntiva a resolver por los tribunales se centra en la averiguación sobre todo del bien jurídico, pues según cuál se estime, si es la Administración de Justicia a secas, o si bien por la propia naturaleza del tipo los intereses de la víctima resultan también directa o indirectamente el objeto de protección. Estimando una u otra opción, el consentimiento dado por la beneficiaria de la medida tendrá un valor u otro.

De esta manera en principio podemos discernir que en tanto se estime que “la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente encaminada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesidad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida

de forma definitiva¹¹³⁴». O si por el contrario se trata de proteger el simple acatamiento a las resoluciones judiciales, y por ello el bien jurídico no es disponible al ser entonces el Estado, y no la perjudicada por el delito, el único capaz de revocar la sentencia¹¹³⁵. Y esta es la solución que toma la SAP de Barcelona 196/2007 de 21 de febrero de 2007 al castigar por el quebrantamiento tanto al condenado a la pena de alejamiento como a la beneficiaria de la medida. El FALLO de la sentencia declara que se condena a los dos “como autores responsables de un delito de quebrantamiento de condena sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en ninguno de ellos, a la pena a cada uno de ellos de nueve meses y un día de prisión y a la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena...”.

En realidad, haciéndonos eco de lo dispuesto en los apartados 1 y 6 del art. 544 de la LECr (una situación objetiva de riesgo o necesidad de protección integral e inmediata de la víctima), podemos argumentar que cuando la víctima entiende que esa situación de peligro no se va a dar, de alguna manera desaparecen esas circunstancias que llevaron al juez a imponer el alejamiento, con lo cual, se trataría “sólo de un quebrantamiento formal sin ninguna consecuencia de una resolución judicial que ha dejado de ser pertinente¹¹³⁶”. Por su parte, la propia redacción hace dudar al respecto, pues el apartado 1 de este artículo se refiere concretamente a los que quebrantaren su condena, sin embargo en el apartado 2 se hace referencia a los que quebrantaren una pena o medida cautelar o de seguridad de las contempladas en el art. 48 CP.

Hay una cuestión clave, que es la estimación de un bien jurídico único o la de un bien jurídico pluriofensivo. En el caso de tomar de referencia la última de estas opciones, como es el caso de la SAP de Guipúzcoa 312/2006 de 26 de septiembre (JUR 2007/99986), resuelve haciendo uso de la distinción entre antijuricidad formal que

¹¹³⁴ SAP Soria 10/2007, de 19 de febrero (JUR 2007/132778), en su FJ 2.

¹¹³⁵ SAP Barcelona 196/2007 de 21 de febrero.

¹¹³⁶ Estos argumentos son los que maneja parte de la doctrina como VALEIJE SÁNCHEZ, I.; “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. XXVI, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 346-347, eso sí, la atipicidad de la conducta se da en el caso de que se trate de una medida cautelar pero no de una pena o medida de seguridad.

consiste en preservar la vigencia de la norma y antijuricidad material, que es la que garantiza que el comportamiento sea dañoso por afectar a algún interés individual, comunitario o institucional concluyendo que en este caso cuando se quebrante la pena o medida con el consentimiento de la víctima, concluyendo que en realidad el comportamiento descrito “no cumple con las exigencias de la antijuricidad material, dado que no es materialmente lesivo para el bien jurídico protegido”.

En nuestra opinión es éste uno de los más claros ejemplos de negación del espíritu de la norma, que en vez de proteger a las mujeres acaba criminalizándolas, pues “el sistema penal etiqueta negativamente a las mujeres víctimas: impaciente con ellas, incapaz de entender sus reticencias, enojado porque se le perturba en su correcto funcionamiento, el sistema acaba produciendo unos discursos negativos acerca de las mujeres que acuden a él¹¹³⁷”, y “una de las consecuencias extremas de este etiquetamiento negativo es el castigo de la propia mujer que no acude a declarar o que vulnera una orden de protección¹¹³⁸”, pero no es problema de la tipificación del apartado 2 del 468 del CP, sino que se trata de un problema previo: imponer en todo caso el alejamiento de la pareja, incluso cuando haya mediado simplemente una amenaza leve, un bofetón, etc.

Situación que lleva a un verdadero descalabro legislativo y que se aleja sobremanera de los bienintencionados fines de la LO 1/2004, que es el de empoderar a las mujeres.

2.1.1.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y demás tribunales al respecto

A) Hasta 2008: el consentimiento de la mujer excluye la responsabilidad penal

El primero de los posicionamientos del TS acerca del valor del consentimiento de la mujer que decide reanudar la convivencia aun pesando orden de alejamiento lo situamos en la STS de 26 de septiembre de 2005¹¹³⁹. Se trata de responder si puede el consentimiento de la víctima determinar la atipicidad de la conducta o si por el

¹¹³⁷ LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 313.

¹¹³⁸ *Ibidem*, p. 314.

¹¹³⁹ STS 1156/2005 de 26 de septiembre (RJ 2005/7380)

contrario, ese comportamiento no excluye que la mujer pueda ser jurídicamente responsable como partícipe en el delito, inclusive como coautora. A tales fines, la mencionada sentencia trata de arrojar algo de luz sobre la solución a esta problemática desarrollando en su F.J. núm. 5 los argumentos a favor y en contra de dar validez al consentimiento de la víctima.

En primer lugar despeja la incógnita respecto de la disponibilidad o no del condenado al cumplimiento de una pena, cuestión que compartimos sin problema, lo que ahora tratamos de discernir es cómo valorar el comportamiento de la mujer que consiente que (bajo medida de alejamiento) el agresor se acerque o incluso retomen una convivencia. Al hilo de la argumentación del Tribunal, se establece que incluso, “si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a «vivir juntos»”.

Pero por otra parte, establece el Tribunal que “es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona”.

Bareados estos argumentos, finalmente el TS establece como “la decisión más prudente”, la de “estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener –en su caso– otra medida de alejamiento.” Y finalmente concluye que “en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación esta directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la

vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de su protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante”.

Sí nos gustaría resaltar aquí el manejo que hace el TS de las categorías de autoría y participación, llama la atención sobre este aspecto RAMOS VÁZQUEZ, y tiene razón cuando afirma que nadie puede *ser coautor por cooperación necesaria en al menos por inducción*, es decir, si es coautor no es cooperador necesario y viceversa. La cooperación necesaria es una forma de participación, no de autoría, y si es cooperador necesario no es inductor, porque la cooperación necesaria se refiere a la colaboración en la ejecución del delito y la inducción hace referencia a determinar a otro en la realización del delito¹¹⁴⁰.

Siguiendo esta doctrina sentada por el TS del no castigo respetando el consentimiento dado por la víctima para reanudar la convivencia, también excluiría de responsabilidad penal, pero esta vez aludiendo al error invencible la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2007¹¹⁴¹, en cuyo FJ. 2 reafirma el argumento esgrimido por el TS en su sentencia de 26 de septiembre de 2005 pero además se añaden dos pesquisas; la primera relativa a que no se puede considerar el consentimiento sin más sin hacer un estudio de cómo se llegó en realidad a la formación del consentimiento de la mujer, es decir, que no estuviere viciado de origen por miedo o coacción. Y en segundo lugar, completando el punto anterior, no puede aplicarse automáticamente el criterio sentado por el TS, basando en este caso la falta de responsabilidad penal en el “error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”, es decir, en el error de prohibición invencible: “el error sobre la ilicitud (la creencia errónea en la licitud de la propia conducta) de los propios actos, bien por considerarlos penalmente atípicos bien por tenerlos como justificados, exime de responsabilidad penal o la atenúa según sea

¹¹⁴⁰ RAMOS VÁZQUEZ, J. A.; “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, en *Anuario de la Facultad de Derecho Da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional)*, núm. 10, 2006, p. 1232.

¹¹⁴¹ SAP Madrid (sección 7ª) 842/2007 de 28 de Septiembre

invencible o vencible”. El error invencible supone otra de las soluciones a la exención de responsabilidad de las mujeres en caso de quebrantamiento de una orden de protección. En realidad esta opción del error de prohibición nos parece demasiado ajustada, en el sentido que es difícilmente creíble que efectivamente éste concurra, es querer llegar al fin de la absolució n no importando la razón. Es una cuestió n más relacionada con el bien jurí dico que con la culpabilidad.

B) Tras 2008: el comportamiento de la mujer no excluye la responsabilidad penal

Desde el principio algunos tribunales desafiaron los criterios que el TS venía reflejando en sus sentencias, haciendo responder penalmente a las personas implicadas en el quebrantamiento, sin tomar en cuenta el precedente sentado por el TS. De tal manera que podemos dividir las distintas respuestas que dieron los tribunales de la siguiente manera:

En algunas ocasiones, el ú nico responsable ha sido el condenado al alejamiento, como es el caso de la SAP Barcelona (secció n 20) de 29 noviembre de 2006¹¹⁴² que hace responder en exclusiva al condenado por quebrantar una condena de alejamiento, alegando que “en efecto, aunque en la sentencia del TS de 26 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 7380) se consideró atípica una conducta en el que la persona protegida consintió la aproximación, la referida sentencia es aislada y el criterio seguido no ha sido consolidado, y por lo tanto no puede considerarse Jurisprudencia”, fallando finalmente que el condenado es “criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar (ámbito familiar), no concurriendo circunstancia, a la pena de nueve meses y un día de prisio n”.

O bien el tribunal en otros casos, ha estimado responsabilidad para ambos implicados, por tanto, penalizando a las propias mujeres del comportamiento de quebrantamiento. Es el caso en el que responden por el quebrantamiento tanto la beneficiaria como el propio condenado, é ste ú ltimo en calidad de autor y la mujer como inductora o cooperadora necesaria, es el caso de la ya comentada SAP de Barcelona de 21 de

¹¹⁴² SAP Barcelona (Secció n 20ª) 1024/2006 de 29 de noviembre (ARP 2007/271)

febrero de 2007. También es el caso de la SAP de Cáceres de 6 de marzo¹¹⁴³, aunque sí hace mención a la distinción en caso de que se tratare de penas o medidas de seguridad impuestas por sentencia, y el caso de las medidas cautelares que puedan adoptarse a lo largo del proceso (FJ 2), es decir, coincide con aquella primera STS pero “si bien la sentencia se refirió a una medida cautelar adoptada en el seno de una orden de protección, parece extender su doctrina también al caso de que lo impuesto sea una pena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Código Penal ; sin embargo existe una sustancial diferencia entre ambos supuestos, diferencia que además se relaciona directamente con el argumento en virtud del cual esta sentencia considera inexistente la responsabilidad criminal, que es la "voluntad" o "necesidad" de la víctima de ser protegida o de dejar de serlo en relación con la finalidad protectora propia de las medidas señaladas en el artículo 48.2 y 3 del Código Penal , y que está en el origen de la imposición de la pena: Así como la imposición de la medida cautelar está, en cierta medida, condicionada por la voluntad de la víctima, que puede o no solicitarla, por ejemplo, a través de una orden de protección, la imposición de la pena es absolutamente imperativa tras la reforma operada por la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre y, por tanto, independientemente de la voluntad de la víctima y de la necesidad de protección, necesidad que el legislador en todo caso presume”. Y es por ello que finalmente la Audiencia Provincial de Cáceres condena a los acusados como autores de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, a cada uno de ellos, de seis meses de prisión”.

No sólo algunos tribunales penales y Audiencias Provinciales siguen estos derroteros, sino que es la propia doctrina del TS la que también comienza a cambiar de parecer, aquella primera sentencia que comenzó desdeñando el castigo para la víctima que induce al quebrantamiento, es corregida tres años más tarde en el seno de propio TS, dando solución a las controversias surgidas en ese tiempo mediante las STS 10/2007 de 19 de enero, por la que establecía que una medida cautelar no podía quedar sin efecto por voluntad de la víctima pues es el principio de autoridad el que se viola con el quebrantamiento de condena y, por STS de 28 de Septiembre de 2007 (STS 775/2007) se establece la imposibilidad de que una pena ya impuesta sea disponible por nadie, al

¹¹⁴³ SAP Cáceres (sección 2ª) 50/2009 de 6 de marzo (JUR/2009/186912).

establecer que “no es disponible por nadie...ni aún por la propia víctima”. Viene a remarcar esta tendencia el propio TS en sentencias posteriores, afirmando que es preciso tener en cuenta “que debemos estar a la naturaleza de la medida cautelar, de orden público para las dos partes, que no admite intervención de la voluntad de ninguna de las dos¹¹⁴⁴”.

Este viraje se consolida tras el 2008, año en el que el propio TS se propone aunar las resoluciones que obren sobre la materia tratando de salvaguardar el principio de seguridad jurídica. Surge así nueva doctrina, fruto de un **Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008**, estableciendo que “**el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP**”. Por tanto, cambia la perspectiva, así si consultamos los últimos pronunciamientos del TS en las sentencias, comprobamos que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP¹¹⁴⁵. Sobre este Acuerdo del Pleno de 25 de noviembre de 2008 se basa el TS en recurso de casación a 29 de enero de 2009 en cuyo Fundamento de Derecho núm. 6 responde a la parte del recurso en la que se afirma que “al haber vuelto al domicilio conyugal con el consentimiento de su esposa no hay quebrantamiento de medida cautelar” a lo que el TS en casación contesta que “*A) En primer lugar hemos de decir que lo aquí afirmado por el recurrente no respeta los hechos probados de la sentencia recurrida, pues lo que esta dice no es que la esposa hubiera consentido en el regreso de su marido al domicilio familiar, sino que este se quedó a vivir allí, <sin que la esposa pusiera en conocimiento de autoridad alguna tal circunstancia>. Extremo que luego queda precisado en el fundamento de derecho 4º cuando nos dice que la víctima fue rotunda en este punto manifestando que le había retirado las denuncias pero no la orden de alejamiento B) Por otro lado, en cuanto al fondo del asunto, esto es, en cuanto a la relevancia que pudiera tener el consentimiento de la esposa para la exclusión de este delito del art. 468 CP en los casos de medida cautelar (o pena) contra el marido consistente en prohibición de alejamiento, el asunto fue tratado en una reunión de*

¹¹⁴⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 394.

¹¹⁴⁵ La doctrina del TS respecto del consentimiento de la víctima en el delito de quebrantamiento de condena es firme, consultar en STS 39/2009 de 29 de enero en la que se dicta sentencia con un voto particular.

pleno no jurisdiccional, celebrada el pasado 25 de noviembre, en la cual, por una mayoría de 14 votos frente a 4, se acordó <que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 CP>; todo ello en base a la idea clave de la irrelevancia en derecho penal del perdón de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que solo tiene su excepción en los llamados delitos privados, que es cuando expresamente la ley penal así lo prevé". Por tanto, parece que las cuestiones que lleguen en casación al TS después de noviembre de 2008 serán llevadas por la doctrina asentada en el Acuerdo no jurisdiccional.

Sin embargo, se formula un voto particular a esta sentencia en la que se pronuncian los Magistrados Enrique BACIGALUPO ZAPATER y Jose Manuel MAZA MARTÍN, que en relación a la relevancia del consentimiento de la esposa del acusado para la tipicidad de la conducta del mismo respecto de la alternativa típica del quebrantamiento de una medida cautelar del art. 468 CP alegando *"que la mayoría de la Sala se ha manifestado contra la posibilidad jurídica de excluir la tipicidad en casos como el expuesto apoyándose en la decisión del plano no jurisdiccional de esta Sala de 25 de noviembre de 2008 y en la irrelevancia del consentimiento de la persona ofendida por la infracción criminal, principio que sólo tiene excepción en los llamados delitos privados", pero en este punto resaltan la importancia de "distinguir entre el quebrantamiento de condena y el de una medida cautelar de protección, que, al parecer, la mayoría considera como una problemática unitaria. Desde el punto de vista aquí defendido, sin embargo, se trata de problemas diferentes. La irrelevancia del consentimiento respecto de las penas privativas de derechos previstas en el art. 48 CP es clara"*. Pero, aseguran que es distinto en cuanto a las medidas cautelares, debe someterse desde la perspectiva del derecho fundamental a la autodeterminación, y es por eso por lo que estamos totalmente de acuerdo con los Magistrados cuando afirman que *"una persona adulta que quiere reanudar una relación matrimonial no puede estar indirectamente limitada, contra su voluntad, por medidas cautelares de protección que estima innecesarias, de la misma manera que no es posible impedirle contraer matrimonio por considerar que su decisión es irrazonable. La mujer que solicita una medida de protección no pierde su derecho al libre desarrollo de su personalidad"*, y por ello estiman que el acusado debió ser absuelto del 468 (quebrantamiento de una medida cautelar).

Al igual que esta tendencia última del TS, aclara la FGE que esta nueva redacción del artículo pone fin a la incertidumbre en relación al tratamiento penal de las medidas cautelares recogidas en el art. 544 LECr, pues en “la anterior redacción del art. 468.2 CP, la posibilidad de castigar el delito de quebrantamiento con pena de prisión quedaba reservada en los supuestos en que se incumpliera el alejamiento o incomunicación decretados como pena accesoria en sentencia firme, pero no respecto de aquellos que cautelarmente, se imponían en el curso de un procedimiento judicial, para los que únicamente estaba prevista pena de multa¹¹⁴⁶”, en su nueva redacción, el art. 468.2 impone pena de prisión a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

Así no nos sorprende una noticia en la que se condena a una pareja por haber roto una orden de alejamiento, imponiendo seis meses de privación de libertad para el hombre y cuatro para la esposa¹¹⁴⁷. Por tanto, adelantamos ya que las soluciones dogmáticas a veces, y este es un caso, no aportan las soluciones político criminalmente deseables.

La agravación introducida en el art. 40 de la LOMPIVG que modifica el art 468 CP lleva a que la pena derivada del quebrantamiento de condena tipificado en el art 468.2 prevea una privación de libertad de seis meses a un año en todo caso, es decir, en esta ocasión el legislador no hace distinciones ni en los medios, ni en las consecuencias que pueda llevar quebrantar una de las medidas del art. 48 CP. Lo cierto es que para los casos en que esa medida obligatoria se quebrante se aplicará la agravación inmediata penada con privación de libertad¹¹⁴⁸, lo cual para puede resultar “comprensible¹¹⁴⁹”,

¹¹⁴⁶ Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹¹⁴⁷ El País, 7 de diciembre de 2009, “Condenada una pareja por romper de mutuo acuerdo una orden de alejamiento. El hombre ha sido condenado a seis meses de prisión y su pareja, a cuatro meses”.

¹¹⁴⁸ MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 394.

¹¹⁴⁹ Ídem.

“pero tal vez poner de inmediato la medida o pena de cárcel -según los casos- puede ser excesivo. Para dicha agravación se deberá estar a la diferente casuística¹¹⁵⁰”.

Ya la doctrina era consciente de los inconvenientes que el alejamiento podía constituir como <pena> pues “plantea problemas por su rigidez para adaptarse a las peculiaridades de aquellas situaciones en que la pareja reanuda la convivencia, o cuando deja de ser necesario mantener una prohibición y la víctima o los familiares solicitan su flexibilización¹¹⁵¹”. Por eso desde la doctrina se propone cambiar la naturaleza jurídica de las prohibiciones de alejamiento que como hemos visto, actualmente puede manifestarse como pena accesoria, como medida cautelar, como medida de seguridad, como condiciones para sustituir o suspender la pena privativa de libertad, etc., y, lo que se propone es que se configuren como penas principales únicas o alternativas y para ello habría que resolver primero el valor del consentimiento de la persona “beneficiaria” de la pena y prever mecanismos de sustitución¹¹⁵². El problema por tanto, es qué hacer cuando es la propia víctima la que consiente que se reestablezca la convivencia con el agresor. Pongamos por caso que tras la discusión o los golpes, una mujer interpone denuncia, tiene lugar un juicio y su correspondiente condena; pues una vez que estos casos llegan al juzgado como vimos el alejamiento se aplicará en todo caso (incluso durante el trascurso del proceso o tras el proceso), dejando de ser potestativa su imposición por parte del juzgador para ser obligatoria, sin ser necesario atenerse a las características del caso concreto. Si después de impuesta la medida o la pena, la mujer reanuda la convivencia, la participación de las propias víctimas¹¹⁵³ en el quebrantamiento será casi inevitable. Como vimos en la STS de 19 de Septiembre de 2005 el propio TS establecía decaída de facto la medida cautelar o la pena de alejamiento cuando la mujer decidía libremente la reanudación de la convivencia, pero a juicio de LAURENZO COPELLO, si esto es plausible cuando se trata de una medida

¹¹⁵⁰ Ídem.

¹¹⁵¹ ASÚA BATARRITA, A.; “Los nuevos delitos de <violencia doméstica> tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre” en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 207.

¹¹⁵² FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 218-219.

¹¹⁵³ DE LEÓN VILLALBA, F. J.; “Art. 468”, ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1ª edición, 2007, p. 960.

cautelar de alejamiento, el argumento deviene inválido cuando se trata de una pena, pues “admitir una caducidad tácita por reanudación de la convivencia supondría tanto como dejar en manos de la víctima y del propio autor la decisión última sobre la extinción de una sanción estatal¹¹⁵⁴”.

Ante esta situación, también QUERALT i JIMÉNEZ se pregunta si “es legítimo tratar con identidad penal el quebrantamiento de algo que es definitivo –una condena- y el de una medida que es transitoria y adoptada a prevención, una medida cautelar¹¹⁵⁵”, concluyendo que de ninguna manera puede tratarse igual lo desigual¹¹⁵⁶. Por ello, este autor considera que en el quebrantamiento de medida cautelar en causa por violencia doméstica o de género, ha de tenerse presente que “el hecho habilitante para la adopción de las medidas cautelares es la situación objetiva de riesgo (art. 544 ter 1 LECr) o necesidad de protección integral e inmediata de la víctima (art. 544 ter 6 LECr)¹¹⁵⁷”, y si la víctima cree que tal situación ha desaparecido “la medida ha perdido *eo ipso* su razón de ser y su quebrantamiento no puede ser antijurídico, ni por tanto, lesionar bien jurídico alguno¹¹⁵⁸”. Por todo ello el autor declara la impunidad tanto de la víctima como del infractor de la medida¹¹⁵⁹.

Pero como vemos el origen es otro, y trae causa del art. 57 CP; es distinto el tratamiento respecto del quebrantamiento de la pena en causa por violencia de género, ¿puede seguir manteniéndose la impunidad cuando se trata de una medida ya no cautelar sino definitiva o pena? La opción habrá que barajarla a la luz del automatismo impuesto en el art. 57.2 CP por LO 15/2003, y mantenido por LO 1/2004 que obliga al

¹¹⁵⁴ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.); en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2008, p. 342 nota al pie núm. 52.

¹¹⁵⁵ QUERAT i JIMÉNEZ, J. J.; “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley de Violencia de Género”, en MONTALBÁN HUERTAS, I.; (Directora), *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 2005, p. 171.

¹¹⁵⁶ Idem

¹¹⁵⁷ Ibidem, p. 175

¹¹⁵⁸ Ídem

¹¹⁵⁹ Ibidem, p. 177.

juez a imponer el alejamiento tanto si concurre como si no concurre peligro¹¹⁶⁰, “automatismo *ope legis* que es contrario al principio de culpabilidad, desproporcionado y supone un trato cruel¹¹⁶¹”, pero hay que diferenciar, pues lo criticable no es la imposición de una pena cuando sea necesaria, sino el automatismo¹¹⁶².

Es por eso que respecto a su aplicación en los tribunales, más allá de lo que dispone el texto del art. 57.2 CP hoy, la propia Presidenta del Observatorio contra la violencia de género (que recordemos, depende del CGPJ) ha sugerido que “la medida de alejamiento que se impone a los agresores condenados debe estudiarse caso a caso, en lugar de ser un procedimiento automático e imperativo¹¹⁶³”. Según el propio CGPJ en un informe elaborado por el grupo de expertos en violencia doméstica y de género, dicha imposición “priva a la víctima de su capacidad de autodeterminación, atentando contra su dignidad y contra el derecho a decidir con quién quiere compartir su vida¹¹⁶⁴”. Por otra parte y, no con menos razón la doctrina atiende a la imposibilidad de decretar la disponibilidad del proceso por las partes¹¹⁶⁵, por lo que efectivamente hay que actuar en un momento previo a que se produzca el quebrantamiento, es decir, no hay que llegar a ese extremo donde ya la situación dogmáticamente tiene más difícil solución. Otro dato importante es el de analizar las cifras reales, es decir, cuántas órdenes de alejamiento se dictan y cuántas acaban por quebrantarse, cuando los estudios demuestran que el riesgo de sufrir más violencia aumenta tras la decisión de las mujeres de denunciar, MONTALBÁN HUERTAS analiza los casos producidos en 2008 y concluye que “los agresores de 6 de las 31 víctimas asesinadas este año tenían orden de alejamiento, lo que

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 178.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, p. 179.

¹¹⁶² *Idem*

¹¹⁶³ El País, 17 de octubre de 2007, “Los jueces piden estudiar caso a caso las órdenes de alejamiento”.

¹¹⁶⁴ Informe del Grupo de expertos en Violencia doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, 2006.

¹¹⁶⁵ RAMOS VÁZQUEZ, J. A.; “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, en *Anuario de la Facultad de Derecho Da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinaria internacional)*, núm. 10, 2006, p. 1229, quien recuerda que “el consentimiento goza de un escasísimo margen de actuación en el Derecho penal”.

refleja la debilidad de los frenos en curso contra los maltratadores. MONTALBÁN matiza el dato: en 2008 se dictaron 33.4004 órdenes de alejamiento. Se quebrantaron 12 con consecuencias mortales. <Analizamos caso a caso para saber qué ha fallado>, concluye¹¹⁶⁶. Tal acción podría tener tres posibles soluciones, según el autor, pero ninguna de ellas plenamente satisfactorias; 1) declarar por el juez la inconstitucionalidad, lo cual llevaría a la suspensión de la causa temporalmente. 2) esgrimir la no exigibilidad de otra conducta y 3) la de acudir al error de prohibición invencible¹¹⁶⁷, no son satisfactorias porque son una manera de parchear pero no de dar solución real y respetuosa con la legalidad vigente.

Por tanto, respecto del quebrantamiento de una medida de alejamiento o de prohibición de comunicación adoptada en un proceso de manera cautelar y no como pena, cabe plantearse si cabe la aplicación de la agravación contenida en el art. 468.2 para el caso de que esa imposición sea cautelar¹¹⁶⁸, a lo que responde QUERALT que “el quebrantamiento de una medida de alejamiento o prohibición de comunicación adoptadas cautelarmente no integra el subtipo agravado del inciso final del art. 468.2 CP, precisamente por la propia evolución legislativa del art. 468, y en cualquier caso, cualquier duda de interpretación no puede ser resuelta en perjuicio del reo¹¹⁶⁹”.

En realidad el origen de esta problemática se encuentra en la naturaleza pública de estos delitos, y se traduce en que la mujer, una vez iniciado el proceso penal mediante denuncia o no de la víctima o por atestado policial, etc., seguirá su curso sea cual sea la voluntad de la víctima¹¹⁷⁰. Al menos si tuviera naturaleza semi-pública se

¹¹⁶⁶ El País, 29 de julio de 2009, “La cifra de crímenes machistas cae al nivel más bajo en siete años. Disminuyen sobre todo las víctimas inmigrantes, un 43% menos que en 2008”.

¹¹⁶⁷ QUERALT i JIMÉNEZ, J. J.; “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley de Violencia de Género”, en MONTALBÁN HUERTAS, I.; (Directora), *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 2005, p. 179-180.

¹¹⁶⁸ MAYOR TEJERO, C.; “La aplicación real de las normas sobre violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 386.

¹¹⁶⁹ Ídem, p. 387.

¹¹⁷⁰ Se queja al respecto LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 49, quien lo juzga como una irrazonable intromisión del Estado en la vida de las personas.

daría la posibilidad a las mujeres de retirar la denuncia siempre que se haga en un momento anterior al comienzo del juicio oral¹¹⁷¹.

Otro de los problemas es que además no queda claro en qué casos concretos habrá de aplicarla, no entendiéndose el por qué de la mayor gravedad del quebrantamiento de una condena de unas amenazas entre hombre y mujer pareja que entre la violación o unas detenciones ilegales¹¹⁷², en este sentido, ya expusimos en otra parte del trabajo la falta de sistemática que ha tenido el legislador, que ha hecho caso omiso de nuevo a la redacción del art. 1.3 de la LOMPIVG (en la que además de las lesiones, etc., hacía mención a los delitos sexuales y privación arbitraria de la libertad).

En resumen, debemos distinguir el bien jurídico, y también la naturaleza jurídica de las medidas si son penas o medidas de seguridad o cautelares, y todo ello como hemos visto da sentido a la validación o no del consentimiento de las mujeres en aras a respetar su autonomía.

2.2. Tipo subjetivo

Al no ser propiamente un delito de los denominados de género, ya que no alude expresamente al sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer, queremos reflejar aparte el tipo subjetivo aunque ya se analizara de manera general al inicio del capítulo como aspecto común a todos ellos. Es inmanente al sentido de la ley el carácter doloso¹¹⁷³ de las acciones encaminadas a eludir el cumplimiento de las condenas. Hace falta una voluntad o un ánimo de incumplir la condena. Es decir, no podría condenarse por quebrantamiento cuando el acercamiento ha sido puramente casual¹¹⁷⁴.

¹¹⁷¹ LARRAURI, E.; ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? en *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Septiembre 2004, Año 16, núm. 22, p. 17-18. La misma autora en “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 317, aboga por plantear la naturaleza semi-pública de estos delitos.

¹¹⁷² CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género”, en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V.; (Coord.); *Nuevas tendencias en Política Criminal: Una auditoría al código penal de 1995*, Argentina, 2006, p. 172.

¹¹⁷³ MESTRE DELGADO, E.; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en LAMARCA PÉREZ, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Madrid, 2005, p. 641.

¹¹⁷⁴ FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 158

LARRAURI nos plantea una reflexión acerca de la oportunidad de este delito y de su conveniencia en aras a la protección de las propias mujeres, y es que “una orden cautelar de alejamiento no se vulnera, y da origen al delito de quebrantamiento de condena, por el mero encuentro sino que requiere de un elemento subjetivo especial de querer sustraerse a ella¹¹⁷⁵”. Y lo mismo se puede aplicar respecto de las penas y medidas de seguridad.

2.3. Consecuencias jurídicas

El art. 468 CP en su redacción de LO 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género, establece en su apartado 1 la pena de prisión para quien quebrante su condena de seis meses a un año de prisión si estuviere privado de libertad y con multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. Y en su apartado 2 establece en todo caso la pena privativa de libertad de seis meses a un año, cuando se quebrante una pena, o medida cautelar o de seguridad de las contempladas en el art. 48 CP cuando el ofendido fuere alguna de las personas recogidas en el art. 48 CP.

A primera vista, el régimen especial que se establece en el código y que castiga con pena de prisión el quebrantamiento de una orden de alejamiento, parece sobrepasar el principio de proporcionalidad al que se someten las tipificaciones penales en nuestro ordenamiento jurídico. En el primer párrafo del art. 468 se establece pena de prisión en caso de que se quebrante una condena si estuvieran privados de libertad, y para los demás casos se prevé una pena de multa. Pero tras la LO 1/2004, a los fines de no imponer multa en los casos de violencia doméstica o de género, y para proteger a las propias mujeres a las que acabaría por repercutir la imposición de una multa, se establece en todo caso la pena de prisión para el agresor, que además, no distingue si el alejamiento es una pena o una medida cautelar o de seguridad. Lo cual ha llevado a obligar a que los jueces traten de la misma manera los quebrantamientos que *a priori* parecieran diferentes, es decir, el caso de un quebrantamiento porque el hombre envía un mensaje de texto al móvil de la víctima, que los casos en los que esa persona se

¹¹⁷⁵ LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 322.

acerca a la casa y ve a la víctima incluso que llegue a agredirle (lo cual es verdad podría resolverse con el concurso de delitos).

Aquella primera interpretación del TS que castigaba a la mujer como cómplice, demostraba que poco se ha avanzado después de tantas reformas en la propia imagen de la mujer, que sigue perpetuándose en la de “víctima socialmente sospechosa. El maltratador se escuda tradicionalmente en la provocación como justificación de su conducta y esto es un estereotipo que ha perdurado en el inconsciente de la sociedad, y se valora a la mujer como cómplice consciente o inconsciente¹¹⁷⁶”.

2.3.1. Medios para el cumplimiento del alejamiento

A día de hoy la Administración de justicia cuenta con mecanismos tecnológicos de seguimiento. Hay novedades que poco a poco se van introduciendo en España con el fin de controlar el cumplimiento de las medidas o las penas de alejamiento, y con ello nos referimos a los sistemas electrónicos de control como pulseras y demás mecanismos electrónicos. Las nuevas adquisiciones electrónicas están disponibles en los juzgados de toda España desde del 24 de julio de 2009, pues aunque la LO 1/2004 ya contara en su redacción con la utilización de estos medios, sólo Madrid y Baleares estaban realmente utilizando esta tecnología, los brazaletes electrónicos consisten en que “tanto la víctima como el agresor contarán con un dispositivo conectado las 24 horas por un único centro de control. La víctima llevará una unidad similar a un teléfono móvil, que informa de la situación al centro de control y permite comunicarse con él por voz, por mensaje o pulsando el botón de pánico. El maltratador tendrá otro dispositivo parecido y una pulsera para la muñeca o el tobillo. Este brazaletes envía señales a la central y a la víctima e informa de cuando el agresor se aproxima a menos de 500 metros. El centro de control estará en permanente contacto con la Policía, a la que dará parte de las alarmas: tanto si se trata de incidencias técnicas como si se trata de emergencias¹¹⁷⁷”.

¹¹⁷⁶ MÚGICA SAN EMETERIO, E.; “El perfil psicológico de la víctima y el agresor” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 329.

¹¹⁷⁷ El País, 09/07/2009, “3000 brazaletes para mantener alejados a los maltratadores”.

2.3.1.1. Concursos

Por una parte, como analizamos en sede de bien jurídico, en caso de atender como bien jurídico único en el apartado 2 del 468 CP, no significa que la atención a la víctima se olvide, pues se puede castigar por el delito correspondiente al resultado causado. Además al analizar las consecuencias jurídicas de todos los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género, comprobamos cómo una de las medidas adoptadas por nuestro legislador en el año 2003 fue la de imponer con carácter obligatorio el alejamiento entre los cónyuges en los casos que llegasen a los tribunales.

Por otra parte, también vimos cómo uno de los supuestos agravados establecidos en todos los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género, un denominador común era que estos delitos se llevasen a cabo “*cuando se realicen quebrantando una de las penas contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad o de prohibición de la misma naturaleza*”.

Es decir, tenemos por una parte que cuando se realice alguno de los delitos (según lo dispuesto en los artículos 153.3, 171.4 y 5, 172.2, 173.2) en las que se establece la pena en su mitad superior para el caso de que el delito se cometa quebrantando una medida de alejamiento, por lo que aplicar estas agravantes específicas junto con el art. 468.2 nos llevaría al prohibido *non bis in idem*, de sobra conocido es que no puede desvalorarse dos veces el incumplimiento. En principio, según interpreta SANZ MULAS, una exégesis literal de estos preceptos “nos lleva a pensar que, de igual modo, y dada la expresión <en todo caso>, se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año, por lo que en principio cabría apreciarse un concurso real entre el correspondiente subtipo agravado de violencia doméstica y el quebrantamiento de condena del art. 468.2.¹¹⁷⁸” sin embargo, sigue la autora argumentando que se produce un solapamiento de difícil justificación penal, afectando al *principio non bis in idem*¹¹⁷⁹, por lo que la lógica llevaría a buscar la solución en el art. 8 CP regulador del concurso de leyes.

¹¹⁷⁸ SANZ MULAS, N.; “Tutela penal” en SANZ MULAS, N.; GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.; MARTÍNEZ GALLEGO, M.; *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 174.

¹¹⁷⁹ *Ibidem*.

VIII. CLÁUSULA CONCURSAL Y EVOLUCIÓN; DEL CONCURSO DE NORMAS AL CONCURSO DE DELITOS

La cláusula concursal que nos disponemos a analizar forma parte del delito de violencia habitual. Pero no es hasta este momento cuando la analizamos (en vez de en el capítulo III) porque tiene relaciones directas con muchos de los delitos que hemos desarrollado en este capítulo IV.

En este punto trataremos de poner un poco de luz a la situación que el código recoge en el ámbito de la violencia habitual y de género. Es importante centrar la atención también en la idea de habitualidad de la conducta descrita en el apartado 3 del art. 173 CP, además de la propia cláusula concursal establecida al final del art. 173.2 CP. El problema a estos efectos es dilucidar cómo interaccionan todos los delitos analizados durante este capítulo IV con aquel, en definitiva; en una sucesión de actos de maltrato en el ámbito de una pareja o de un ámbito cuasi-doméstico, se trata de separar los actos que conforman la habitualidad descrita en el tipo y cuáles no, y que por tanto entrarían a formar el correspondiente concurso de leyes o de delitos.

Los delitos con los que el art. 173.2 puede entrar a valorarse ha sido materia objeto de un profundo estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia y en el que hay no pocos avatares jurídicos a tener en cuenta, pues entre otros se ha mencionado la posible lesión a principios penales importantes como el *non bis in idem*. Desde su introducción en el Código penal hasta su actual redacción, varias son las opciones que doctrina y jurisprudencia han barajado. Coincidimos con la idea de que el legislador parece estar pensando en un concurso real si seguimos la redacción literal de la cláusula concursal, pues el propio art. 173.2 *in fine* CP establece que se aplicarán las penas ya analizadas *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*.

Y además debemos combinar dicha cláusula con la definición de habitualidad elegida por el legislador (art. 173.3 CP) y que atiende *al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*, que como ya mencionamos, debe

interpretarse en su sentido criminológico atendiendo al estado de terror que genera ese sometimiento a un ejercicio habitual de violencia.

En la valoración de un concurso no solo es importante desentrañar los bienes jurídicos que deben valorarse, también existen otros elementos que en estos delitos se repiten y hay que evitar tomarlos en consideración dos veces; es un problema también de determinación de sujetos, pues en este terreno estamos entrando a valorar realidades distintas, pues como explicamos, una cosa es la violencia doméstica y otra la violencia de género, sin embargo, la definición de habitualidad de la que aquí partimos admite que la violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas, es decir, valora por igual a la mujer pareja que a la persona sometida a su custodia en centros públicos o privados, y por tanto no distingue entre doméstico y de género. Habría que distinguir por tanto el 173.2 respecto del 153.2 y, por otra parte el 173.2 (sujetos del ámbito doméstico o cuasi-doméstico exceptuando la mujer pareja) respecto del 153.1 (mujer pareja)¹¹⁸⁰, y sin embargo la ley no lo distingue.

También y en otro orden de cosas, observamos que el art. 173. 2 CP engloba las conductas llevadas a cabo mediante violencia psíquica (desde 1999), y el art. 153.1 engloba las conductas que conlleven un menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en el código, por tanto al estimar los dos tipos penales podemos establecer el art. 153 como antesala del 173.2 CP por lo que las conductas del primero quedarían consumidas por el art. 173.2 CP, de esta opinión es MUÑOZ CONDE que alega que la cláusula concursal del 173.2 pudiera tener sentido cuando hablamos del concurso entre el 173.2 CP y las lesiones graves, el homicidio o el asesinato, pero carecería de sentido al intentar establecerlo con el 153 CP pues “es una doble regulación de muy difícil aplicación simultánea en un mismo caso”, en su opinión “el delito previsto en el art. 153, cuando se trate de meros malos tratos o de golpes no constitutivos de lesión, perderá su autonomía en los casos de habitualidad, en los que se debe aplicar el art. 173.2 que prevé un régimen punitivo más severo¹¹⁸¹”. Sin embargo habrá que distinguir ya que el 173.2 se refiere a un resultado de peligro, por lo que no consumiría un

¹¹⁸⁰ Especialmente crítica con esta y otras cuestiones; ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Ed. Reus, Madrid, 2006, p. 294-296

¹¹⁸¹ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal. Parte Especial, Décimo quinta edición, revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 191.

resultado de lesión ocurrido. Estamos de acuerdo en no estimar aquí un concurso real pues sería valorar dos veces no sólo la relación de parentesco, sino el propio contenido de injusto en tanto que varios delitos del 153 entrarían a constituir el art. 173.2 CP, pero sí debemos discernir cuándo el resultado causado efectivamente merece una valoración separada¹¹⁸², es decir, cuándo entran dentro de la habitualidad y cuándo no, por aparecer resultados diferenciados (recordemos la amalgama de conductas previstas en el 153) y por tanto hay que atender al concurso de delitos.

Está claro que cuando concurre más de un delito, como es el caso, habrá que acudir a las reglas del concurso ¿pero cuál? Para empezar a desglosar esta problemática, pondremos de manifiesto lo que establece la propia doctrina del TS en cuanto a los criterios válidos para diferenciar el concurso de normas del concurso de delitos, y el TS se manifiesta de la siguiente manera; “particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad. En estos casos, hemos dicho y repetido en esta Sala, de acuerdo con la doctrina, solo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos Leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho¹¹⁸³”. Por tanto el propio TS admite que estamos ante un criterio sumamente impreciso, de ahí la variedad de opiniones que se han desencadenado al respecto.

1. CONCURSO DE NORMAS

Con la primera de las redacciones típicas, la mayoría de la doctrina se decantó por el concurso de normas, pues parecía ser la mejor de las opciones. En el art. 425 CP de 1989 no se establecían de *lege data* las formas en las que debía entrar a concurso este delito en caso de producirse otros resultados, por eso en esta época pareció primar el concurso de normas en base al principio de consunción, es decir; que de entre los resultados producidos, el más grave consumiría a los demás. El problema que resultó de

¹¹⁸² MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 18, Julio 2006, p. 184.

¹¹⁸³ STS 580/2006 de 23 de mayo en su FJ. 9

la aplicación de este sistema radicaba en la concepción aritmética que se tenía acerca de la habitualidad, que hacía que “la condena, generalmente en juicio de faltas, de cada acto aislado de violencia impedía tener en consideración tal acto violento para apreciar la habitualidad, que quedaba de este modo parapetada impunemente detrás de las distintas condenas por los concretos resultados lesivos en que aquella se venía materializando¹¹⁸⁴”.

Así, cuando los malos tratos eran constitutivos de falta (del art. 583 CP) BERDUGO hablaba de un concurso de normas en el que se hacía concurrir con la agravante de parentesco¹¹⁸⁵. Tras elevarse esta conducta a la consideración de delito, (por reforma de LO 3/1989), la Circular 2/1990 apostó igualmente por el concurso de normas resolviendo el conflicto por el principio de consunción junto con la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente de agravante, pues al haber consumido las lesiones por ejemplo, al delito de maltrato doméstico se perdería la esencia del ámbito en el que esa agresión se lleva a cabo, por eso es importante la aplicación de la agravante de parentesco¹¹⁸⁶.

Actualmente, hay quienes mantienen que si el 153 encierra un delito de peligro abstracto respecto del bien jurídico de las lesiones, y si el 173.2 protege la lesión de ese mismo bien jurídico, entonces no habrá más remedio que resolver mediante el concurso de leyes y conforme a las reglas del principio de subsidiariedad¹¹⁸⁷, postura que como veremos puede ser rebatida.

¹¹⁸⁴ MORENO VERDEJO, J.; “El concepto de habitualidad en el delito del art. 153 del Código Penal: Aspectos procesales y sustantivos” en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, II*, 2000, p. 375

¹¹⁸⁵ BERDUGO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Delitos contra la salud personal: las lesiones”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Coord.), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; GARCÍA ARÁN, M.; *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 105

¹¹⁸⁶ Circular de la FGE 2/1990 de sobre la aplicación de la Reforma de la LO 3/1989, de actualización del código penal, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núms. 1586-1587, p. 365, “Al haberse suprimido las lesiones agravadas por la concurrencia de los parentescos que cualifican el homicidio, deba aplicarse siempre en tales casos la circunstancia mixta del art. 11 como agravante, única forma de sancionar adecuadamente un hecho que, por la habitualidad de la conducta precedente, recibe en principio un mayor reproche legislativo, intensidad del reproche que debe reflejarse de algún modo en la pena. Evidentemente, si las lesiones causadas por las violencias habituales fueren constitutivas de falta, el art. 425 consumiría esos resultados que, en cierto modo, están ínsitos en el término violencia física”.

¹¹⁸⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 214.

2. CONCURSO DE DELITOS

Desde la redacción seguida por el legislador en la cláusula forjada en el art. 153 CP en el código penal de 1995, se aplicaría la pena correspondiente *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que en cada caso se causare*, y con ello pareciera que el propio legislador quería provocar el abandono de la aplicación del concurso de leyes “por debilitar de modo considerable el efecto preventivo del delito de violencia doméstica¹¹⁸⁸” y, de esta manera lo plasmó en el propio precepto penal.

Siguiendo en orden cronológico, la definición en el tipo penal objeto de análisis al final del párrafo 2 del art. 173 actual (que no varía desde la reforma de 1999) establece el elenco de penas pero se añade que se impondrán *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*, es decir, lo que en términos penales se denomina un concurso de delitos. En esta última redacción se añade, respecto de la primera, la posibilidad de contar las faltas y los actos de violencia psíquica. Incluso antes de que esta cláusula se estableciera de *lege data* en el tipo la cláusula concursal, ya había autores que reclamaban la aplicación del concurso de delitos¹¹⁸⁹. Por lo pronto queda fijada entonces la necesidad hoy de valorar tal cláusula como un concurso de delitos, pero habrá que distinguir su apreciación según corresponda, como concurso de delitos real o ideal; Con carácter general, el concurso real de delitos es aquel en el que “varias acciones dan lugar, también, a varios delitos, que se castigan independientemente y acumulativamente unos respecto de otros, tal y como lo establece el art. 73 CP¹¹⁹⁰” y el concurso ideal de delitos es aquel en el que se produce “la comisión de dos o más delitos mediante una sola acción del sujeto¹¹⁹¹” y está recogido en el art. 77 CP.

¹¹⁸⁸ ESCUCHURI AISA, E.; “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coordinadores); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 262

¹¹⁸⁹ ALONSO ARROYO DE LAS HERAS Y JAVIER MUÑOZ CUESTA “Malos tratos habituales en el ámbito familiar” en *Delito de lesiones*, Aranzadi, Pamplona 1993, p. 147-148 aunque con cautela por la posible vulneración del principio *non bis in idem*.

¹¹⁹⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J.; *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones experiencia, Barcelona, 2004, p. 394.

¹¹⁹¹ *Ídem.*, p. 395.

En realidad pareciera que con el replanteamiento político-criminal y dogmático de la reforma de 2003, cuando introduce en el acto de maltratar formas de comisión que pueden traducirse en varios resultados abarcando su dimensión tanto física, como psíquica o moral¹¹⁹², hay quienes alegan la concurrencia de bienes jurídicos diferentes estimando que cada comportamiento regula un bien jurídico distinto; por ejemplo en los concretos actos de violencia (art. 153) y en el delito de malos tratos habituales (art. 173.2), perteneciendo al primero la salud física y psíquica del individuo, y al segundo la integridad moral, evitan así caer en el farragoso principio *nom bis in idem*. Cuestión no baladí cuando se trata de ver las relaciones entre ellos y evitar la doble incriminación “siendo ahora posible encontrar más argumentos para la no existencia de una doble incriminación, apoyándose precisamente, en la ubicación sistemática del precepto y reconocimiento de una distinta entidad valorativa afectada¹¹⁹³”. Si parte de la doctrina estima valores como la dignidad o derivados el objeto de protección de este delito (173.2 CP), y con la finalidad de demostrar que el ataque a la dignidad conlleva un plus respecto del ataque a la integridad física de una persona y que en realidad ese ataque a la dignidad que se produce en cualquier acto contra una persona (por tanto opinan estos autores que está latente detrás de muchos delitos) en realidad necesita de un castigo aparte. Por ejemplo, podemos compararlo con el concurso que pueda establecerse entre el delito de homicidio con las lesiones previas y el delito de homicidio en relación a las torturas previas a ese homicidio, pues la “tortura tiene, junto a su dimensión física de ataque a la integridad, otra más importante aun de ataque a la dignidad humana y ésta última dimensión del injusto exige su propia reacción punitiva¹¹⁹⁴”. Por eso no hay por qué alegar la diferencia de bienes jurídicos, en nuestra opinión aunque el bien jurídico sea el mismo pueden atenderse a otros asuntos y no caer en el *bis in idem*.

¹¹⁹² CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, núm. 5, julio, 2000, p. 17. Se refiere a la dimensión física (lesiones y malos tratos corporales), a la psíquica (injurias, amenazas y coacciones) y a la moral (vejaciones injustas, torturas y demás delitos contra la integridad moral).

¹¹⁹³ DEL ROSAL BLASCO, B.; “El delito común contra la integridad moral” en COBO DEL ROSAL en *Derecho Penal Español. Parte especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*, Dykinson, Madrid, 2005. p. 228.

¹¹⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, G.; *Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, Cedes editorial, Barcelona, 1996, P. 588

Este análisis es extrapolable a lo que acontece en varios delitos que estudiamos aquí. El propio GIMBERNAT argumenta que “no son lo mismo los malos tratos que afectan a la integridad física, y que tendrían que ser castigados como lo que realmente son, es decir: como un delito de lesiones, que aquellos otros en los que, además, se humilla y envilece a la víctima, los cuales, por afectar a dos bienes jurídicos distintos, deberían ser reprimidos, en concurso ideal, además de cómo dicho delito de lesiones, también por otro contra la integridad moral¹¹⁹⁵”.

En definitiva coincidimos con que es importante tener en cuenta la estimación y baremación de los bienes jurídicos en juego, pero también el resto de elementos que conforman tanto el desvalor de la acción como del resultado en cada uno de los delitos que concurre, por ello para diferenciar el concurso de delitos del concurso de normas “lo decisivo es si uno de los preceptos es capaz por sí sólo de valorar por completo el contenido de injusto y de culpabilidad del comportamiento realizado por el sujeto, y esto no puede reducirse a la comprobación de la lesión de un bien jurídico o de varios¹¹⁹⁶. Concretamente y respecto de la problemática que aquí nos interesa, parte de la doctrina alega que “los delitos de lesiones y el delito de violencia habitual constituyen modalidades de ataque distintas al bien jurídico integridad y salud personales¹¹⁹⁷”, y ese es el presupuesto del que partimos en nuestro análisis.

Pero si la doctrina no coincide en una solución la Jurisprudencia tampoco, en el sentido que algunas lo definen como un delito de peligro abstracto, es decir, un delito contra la salud individual sin que se exija resultado alguno y, en otras, en caso de concurrir un efectivo menoscabo de la salud, cabrían dos opciones: por un lado, si hay lesiones acreditadas por un parte médico, entonces quedaría el concurso entre los delitos de violencia habitual y las lesiones, bien de delitos (SAP Sevilla 23 de octubre de 2000) o bien de leyes, y por otro lado, en caso de no haber parte de lesiones que concreten la

¹¹⁹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E.; “Prólogo a la décima edición” del Código penal, Tecnos, Madrid, septiembre de 2004, p. 19.

¹¹⁹⁶ ESCUCHURI AISA, E.; “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coordinadores); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 267

¹¹⁹⁷ *Ibidem*.

entidad de esas lesiones, se aplicaría el delito de violencia habitual (SAP Córdoba 21 de abril de 1999)¹¹⁹⁸. Intentaremos aclarar la solución a lo largo del siguiente análisis.

Por ejemplo el delito de violencia habitual aporta un riesgo y un desvalor que no tienen los delitos de lesiones ni el maltrato ocasional, y los delitos de lesiones exigen además de un resultado material, una primera asistencia facultativa y un tratamiento médico-quirúrgico que no se desprende de las violencias habituales. Por eso, dada la naturaleza de este delito (173.2) habría que distinguir entre la lesión efectivamente producida y los malos tratos habituales, estableciendo su solución a través del concurso de delitos¹¹⁹⁹ y concretamente, la concurrencia de delitos de violencias físicas y psíquicas en el ámbito doméstico con los arts. 147, 148, 149 o 150 del Código penal (incluso agravados con la circunstancia de parentesco) sería la del concurso real¹²⁰⁰. Por el contrario hay quienes matizan que aunque de normal habría que aplicar el concurso dispuesto en el tipo, es decir el concurso real, no sería lícito cuando se trate de relacionarlo con el de lesiones, o con las amenazas pues sería el concurso ideal en que debería estimarse¹²⁰¹, opción que compartimos.

Por eso, también podría evitarse caer en el *bis in idem* aún estimando que ambos comparten bien jurídico, aunque en diferentes modalidades de ataque; para relacionar los malos tratos con los delitos de lesiones niega ESCUCHURI AISA la concurrencia del prohibido *non bis in idem*, en base a que el fundamento de los tipos penales no coincide¹²⁰². Y este mismo autor, en relación a la confluencia del 173.2 con el 153

¹¹⁹⁸ Ver el estudio de la Jurisprudencia que hace CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), en *Manual Práctico de Derecho penal. Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados*, 2ª edición ampliada y puesta al día, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 148.

¹¹⁹⁹ CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; en VIVES ANTÓN, T. (Coord.) en *Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 802

¹²⁰⁰ JAEN VALLEJO, M.; *Derecho Penal aplicado (Parte General y Parte Especial)*, Ed. Colex, Madrid, 2003, p. 195. Estima también el concurso real MARCOS AYJÓN, M.; “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del art. 173 del código penal”, en *La Ley penal, Revista de derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Estudios Monográficos de Violencia Doméstica*, n.º 2, Año I, febrero 2004, p. 35

¹²⁰¹ GÓMEZ RIVERO, C.; “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, en *Revista Penal*, núm. 6, Julio de 2000, p. 83.

¹²⁰² ESCUCHURI AISA, E.; “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coordinadores); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 267.

estima que su aplicación conjunta en un concurso de delitos no constituye un *non bis in idem*, porque igualmente el fundamento del art. 173.2 no se basa en las relaciones familiares sino más bien en la habitualidad¹²⁰³, y por eso deberíamos recurrir al concurso ideal de delitos¹²⁰⁴.

Por tanto, debido a la diversidad de delitos que pueden concurrir, y con la finalidad de evitar el prohibido *bis in idem*, consideramos necesario utilizar los dos tipos de concursos; aplicar el concurso real cuando así convenga, y cuando no el ideal. La manera de hacerlo tampoco ha sido uniforme. Según el autor antes mencionado es posible “acudir a las reglas del concurso ideal en aquellos supuestos en que, como consecuencia de la violencia sistemática se afecta a la salud mental de la víctima, provocándole una enfermedad psíquica encuadrable en el tipo básico de lesiones del art. 147 CP. En estos casos, parece que sea posible hablar de <unidad de hecho>, por lo que imputaremos a un hecho (la violencia reiterada) una pluralidad de realizaciones típicas: la de los tipos de lesiones y la del art. 153 CP. Sin embargo cuando el tipo de violencia habitual entre en concurso, por ejemplo con los tipos de lesiones, amenazas o delitos contra la libertad sexual, la circunstancia de la habitualidad, tal y como ha sido interpretada por la Jurisprudencia, como una pluralidad de actos impide aplicar las reglas del concurso ideal entre el tipo del art. 153 y eventuales lesiones, porque ya uno de los elementos del concurso incluye varios actos, por ello acudiremos a las reglas del concurso real¹²⁰⁵”. Por el contrario, según MAQUEDA ABREU es imposible estimar el concurso real de delitos entre el art. 153 y el art. 173.2 aunque los artículos 172.3, 177 y la estimación de dos bienes jurídicos en juego hayan promovido en el ámbito doctrinal y jurisprudencial esa creencia, pero en realidad se estaría incurriendo en un “*non bis in idem* inadmisibles”, ya no sólo por contemplar dos veces la relación de parentesco, “sino porque también valora repetidamente el mismo contenido de injusto, en tanto que actos leves de maltrato que se repitan dos o más veces darían lugar a tantas aplicaciones de ese delito -junto al maltrato habitual del art. 173.2- como ocasiones resulten

¹²⁰³ Idem, p. 270.

¹²⁰⁴ MONGE FERNÁNDEZ, A.; NAVAS CÓRDOBA, J. A.; “Malos tratos y prevención contra la mujer” en *Actualidad Penal*, núm. 9, 28 de febrero al 5 de marzo de 2000, p. 196.

¹²⁰⁵ CUENCA i GARCÍA, J. M.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998, P. 43

probadas¹²⁰⁶». Por eso considera que en realidad, con el ejercicio de violencia física y psíquica habitual no hay dos bienes jurídicos en juego sino que es la integridad física y psíquica el valor a proteger y, no cualquier resultado es capaz de “expresar por sí solo y agotar el grado de desvalor, de merecimiento de pena, que es característico de esas situaciones de permanente exposición al riesgo, de modo que habría que recurrir a la técnica del concurso- ideal o medial- cuando no real¹²⁰⁷».

Apunta GRACIA MARTIN que la solución más acertada es la del concurso ideal de delitos de un concurso real con un delito habitual fundamentándose en la tesis de la “unidad de acción por efecto de abrazamiento” del art. 173.2, añadiendo que “los tipos de lesiones realizados con cada acto singular serán, indudablemente independientes, pero cada uno de ellos, cuando se realiza, está también en concurso ideal con el delito habitual, que al operar como <abrazadera>, permite considerar ya que estamos ante <un solo hecho> que constituye dos o más delitos¹²⁰⁸». Sin embargo matiza ESCUCHURI AISA, que tal efecto abrazadera es insatisfactorio, y lo que debe apreciarse es un concurso ideal entre la violencia habitual y el concurso real formado por todos los delitos de lesiones cometidos¹²⁰⁹. FELIP I SABORIT y RAGUÉS I VALLÉS sostienen que “las amenazas, injurias, agresiones o abusos sexuales, etc., que pueden cometerse en este contexto serán también castigados autónomamente (posibilidad expresamente prevista en el art. 177 CP) y se presentarán en concurso ideal con el delito de violencia habitual¹²¹⁰».

¹²⁰⁶ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 18, Julio 2006, p. 183-184

¹²⁰⁷ *Ibidem*.

¹²⁰⁸ GRACIA MARTIN, “Art. 153” en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997. p.487 en definitiva se trata de un concurso real de delitos de lesiones, pero cada uno de ellos está en relación con el delito habitual, por tanto a la final se formará un concurso ideal de un <concurso real> con el delito habitual.

¹²⁰⁹ ESCUCHURI AISA, E.; “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coordinadores); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 273

¹²¹⁰ FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R.; “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006, P. 101

A todo ello CORTÉS BECHIARELI matiza que “únicamente podrá predicarse la existencia de un concurso ideal de delitos en aquellos supuestos en los que se pruebe que el ataque ha provocado la merma de dos bienes jurídicos bien diferenciados y alternativos, pero nunca concurrentes por definición¹²¹¹”, y recalca el autor que para aplicarlo debe estimarse la vulneración de dos bienes jurídicos de forma independiente además de tener en cuenta los avatares del uso del adverbio habitualmente¹²¹². Pero matizamos que más allá de la existencia de dos bienes jurídicos, no podemos dejar de valorar el diferente fundamento del art. 173.2 CP, por más que ambos protejan el mismo bien jurídico.

Estamos de acuerdo con HUERTA TOCILDO quien se hace eco de una interpretación “conciliadora” y estima aconsejable aplicar un concurso ideal de delitos entre los malos tratos habituales como delito de peligro potencial para la salud y el resto de delitos en que se hubiere concretado dicha habitualidad¹²¹³, relación que puede darse en virtud de la consideración de los malos tratos habituales no son una progresión de los delitos de lesiones sino que aunque estuviesen en la misma rúbrica y no en la de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, los malos tratos se construyen como delito autónomo y diferenciado del de las lesiones, por lo que no resultaría vulnerado el principio del *non bis in idem* si se estimase un concurso ideal de delitos¹²¹⁴. Por tanto coincidimos con MAQUEDA cuando afirma que habrá que valorar cuándo el ejercicio de violencia puede incluirse en la habitualidad del 173.2 y cuándo esos hechos, por el resultado causado merecen un juicio aparte a través del concurso ideal de delitos¹²¹⁵.

Sin embargo por todas las dificultades puestas de relieve hay quienes, como NUÑEZ CASTAÑO apuestan por eliminar la cláusula concursal, por la que el 153

¹²¹¹ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 266.

¹²¹² *Ibidem*.

¹²¹³ HUERTA TOCILDO, S.; “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 519.

¹²¹⁴ *Ibidem*, p. 521.

¹²¹⁵ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 18, Julio 2006, p. 184.

(delito de violencia habitual anterior a la reforma de 2003) entraría en juego cuando las violencias físicas y psíquicas no produjesen resultado, y en el supuesto de su producción quedaría subsumido en el delito que se tratase (lesión de la salud, de la vida, etc), “sin perjuicio de añadir alguna cualificación, bien por la habitualidad, bien por consideración a la propia relación familiar¹²¹⁶”.

Por último no preguntamos que ocurriría en el caso en que ya haya sido estimada la habitualidad, ¿puede haber un concurso entre varios 173.2? la respuesta debe ser negativa, pues el resto de delitos singulares que se lleven a cabo formarán parte de un nuevo delito habitual, y cuando haya varios delitos distintos de violencia doméstica no habrá un concurso de delitos sino que esa situación dará cabida a la estimación de la agravante de reincidencia en un delito habitual¹²¹⁷.

Como vemos ni doctrina ni jurisprudencia se ponen de acuerdo en cómo deben entrar a valorarse los concursos que puedan darse entre estos delitos, lo cual va en contra del principio de seguridad jurídica. Aunque es una cuestión compleja y no resulta fácil poner algo de claridad cuando hay opiniones tan diversas, en realidad queremos partir de la base sobre la que versa nuestro trabajo, y esa es que el fundamento y elementos de cada tipo penal es distinto, por lo que habrá casos en los que no sólo se tenga que atender a los bienes jurídico en juego, sino que debiéramos tomar en consideración el resto de aspectos, como si todo el desvalor de las conductas y los resultados quedan consumidos por el 173.2 o se necesita acudir al concurso para valorarla por existir resultados que deben valorarse aparte. Por eso lo más indicado es atender primero a la habitualidad, y a qué hechos la configuran, y en caso de que haya resultados que excedan de la peligrosidad propia del 173.2, entonces atender al concurso

¹²¹⁶ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 131 (y ver también p. 185 “si se protege el mismo bien jurídico en las dos figuras que concurren, la solución debiera ser la del concurso de leyes, sin embargo, ello no es así o no puede ser así, ya que la cláusula concursal que recoge el art. 153 establece la obligatoriedad de plantear un concurso de delitos entre los malos tratos y el resultado efectivamente producido).

¹²¹⁷ GRACIA MARTIN, L.; “De las lesiones”, en DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTIN (Coord), *Comentarios al código penal. Parte Especial I. Título I a IV y faltas correspondientes*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, P. 482. De la misma opinión ESCUCHURI AISA, E.; “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coordinadores); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 264.

real de delitos, o ideal cuando se trate de delitos de resultado relativos a las amenazas, lesiones, incluso a los malos tratos, etc, relacionados con las relaciones familiares y de género.

3. LA CLÁUSULA DEL ART. 177 CP ¿RESULTA DE APLICACIÓN?

El art. 177 cierra el tan mencionado Título VII y su redacción es la que sigue; *“si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquel ya se halle especialmente castigado por la Ley”*.

Es otra de las controversias que ofrece el código penal en esta materia ya que se estiman dos soluciones para un mismo problema; la del 173.2 y ésta del art. 177 CP. Con lo cual pareciera que estamos ante dos cláusulas concursales para resolver las posibilidades de concurrencia del 173 con otros delitos, la propia del art. 173.2 y la establecida a modo de cierre del título del libro II CP en el que se integran las violencias habituales llevadas a cabo en el ámbito doméstico, con lo cual habrá que estimar la especial por encima de la general.

Sin embargo según parte de la doctrina el concurso de delitos establecido art. 177 CP es de utilidad en los supuestos en los que además del delito contra la integridad moral se produjese “lesión o daños a la vida, integridad física, salud, libertad sexual, etc.,” se aplicará éste, pero en los demás casos en los que el atentado contra la integridad moral entre en conflicto con alguno de los delitos de amenazas, coacciones o injurias se llevará por el concurso de normas en virtud del principio de consunción¹²¹⁸ pues como apuntaba DÍAZ PITA el delito contra la integridad moral comprende no sólo

¹²¹⁸ HUERTA TOCILDO, S.; “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 531.

el “desvalor de la coacción o la amenaza y, a su vez, la protección de ese derecho a no ser humillado¹²¹⁹”.

En este sentido, MUÑOZ CONDE no ve problema en apreciar las dos cláusulas, y establece que “la conversión en delito de las amenazas y coacciones leves, cuando recaigan sobre las personas mencionadas en el art. 173.2, configura estos delitos junto con el previsto en el art. 173.2 como delitos autónomos con un *bien jurídico propio, diferentes al delito de lesiones propiamente dicho*. De ahí que si además de esas amenazas o coacciones leves se producen lesiones que requieran, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, habrá que estimar el correspondiente concurso de delitos entre estas amenazas o coacciones y las lesiones (cualificadas, en su caso, por el art. 148,4º o 5º). Pero al mismo tiempo, al convertirse en delito contra la integridad moral a sancionar por el art. 173.2 el empleo habitual de violencia física o psíquica sobre las personas allí mencionadas, también cabe la posibilidad del concurso entre este delito y otros delitos que puedan darse, bien de lesiones, bien de cualquier otro tipo de delitos contra la vida, libertad, libertad sexual, etc. (cfr. art. 177 e *infra*: regla concursal)¹²²⁰”. Está claro que cuando concurren todos estos delitos habrá que estimar un concurso, pero en nuestra opinión no valen las dos cláusulas.

4. LA CONCURRENCIA DE SUBTIPOS AGRAVADOS Y EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El principio de la prohibición del *non bis in idem* se constituye como un subprincipio del principio de legalidad y está regulado en el art. 25 CE y su observancia por parte del juzgador resulta de suma importancia ya que su sentido literal es que no puede incidirse dos veces sobre lo mismo. Tal incidencia doble debe evitarse conforme

¹²¹⁹ DÍAZ PITA, M. M.; “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral” en Estudios penales y criminológicos, núm. XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 85.

¹²²⁰ MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho penal. Parte especial, Décimo sexta edición revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 187-188.

a tres presupuestos que demostrarían tal incidencia (doble) sobre el mismo contenido de injusto; *a*) sobre los hechos; *b*) sobre el fundamento y *c*) sobre los sujetos¹²²¹.

Se ha criticado la concurrencia del *non bis in idem* en los puntos 2 y 3 del art. 173, es decir, tanto en la cláusula concursal como en la definición de la habitualidad del tipo. Sin embargo ALONSO ÁLAMO, salva la posible concurrencia del *non bis in idem* en el caso del concurso al apreciar en la violencia de género un bien jurídico distinto al que concurre en los tipos en los que se concretan las violencias¹²²². Y resuelve la vulneración de este principio constitucional en el caso de la habitualidad del apartado 3 del 172 considerando el concepto de habitualidad en sentido objetivo y la presencia de un delito habitual impropio¹²²³.

En general, como dejamos entrever en la aplicación tanto de la construcción de la habitualidad como en la de los concursos en el 173.2 CP, los delitos que conforman en denominado grupo de delitos de violencia habitual y de género no son independientes entre sí, pues la habitualidad implica la contabilización de todos ellos en aras a demostrar ese clima de violencia en que el vive inmersa la víctima, por lo que los supuestos de los arts. 153.2, 171. 4 y 5 y 172.2 y las propias conductas tipificadas en el 173.2 en caso de concurrir, entrarían a formar parte de ese clima de terror que crea con la habitualidad. Es por ello que también pudiera apreciarse la posible concurrencia del principio *non bis in idem* en los casos en los que concurra más de un delito con las agravantes específicas de actuar en presencia de menores, o en el domicilio común o de la víctima, o utilizando armas o quebrantando una de las penas del art. 48; es decir, entendemos que muchas conductas relacionadas se han quedado fuera del grupo, por lo que el concurso con figuras como el aborto, las detenciones ilegales, el allanamiento de morada, o incluso las violaciones conyugales, que son conductas que también pueden darse en una relación de pareja, pero son delitos que al no llevar aparejadas las agravantes específicas predispuestas en los anteriores, no plantean tal problemática respecto a ellas, pues, como veníamos argumentando, dentro del grupo de los delitos de

¹²²¹ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.; *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Civitas, Madrid, 2007, p. 101-102

¹²²² Para más información ALONSO ÁLAMO, M.; “Protección penal de la igualdad y Derecho Penal de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, 2008, p. 32.

¹²²³ *Ibidem*.

violencia de género, concurren unos presupuestos agravatorios específicos en los que hay identificación tanto en los hechos, como en el fundamento, como en los sujetos pues en todos los casos tienen igual redacción.

Los hechos que conforman tales subtipos agravados se refieren a la presencia de menores, el uso de armas, que los hechos se perpetren en el domicilio común o en el de la víctima, o el quebrantamiento de una de las medidas del art. 48, motivo por el que por ejemplo, si al enjuiciar un hecho del art. 153 se apreció la agravante de estar en presencia de menores, al enjuiciar la habitualidad de los hechos en el art. 173.2 no podría volver a estimarse tal agravación pues se incurriría en la prohibición del bis in idem. La Jurisprudencia se pronuncia la respecto, estableciendo que respecto de la concurrencia de varios delitos en su versión agravada, hay varias respuestas que pueden darse, como argumenta el TS: 1) bien aplicar un concurso real entre la modalidad agravada del 153 con un delito del 173.2, o 2) bien aplicar el subtipo agravado del 173.2 más un delito del 153, decantándose al final por la última de las opciones porque “es la más lógica teniendo en cuenta la expresión utilizada en el art. 173.2 cuando dice "se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia", y el principio de alternatividad y mayor gravedad punitiva del art. 8.4 CP¹²²⁴”, es decir, aprecia el concurso de leyes.

Según la doctrina, la concurrencia de los supuestos agravados en distintos delitos de género supondrá la aplicación de un concurso de delitos conforme a las reglas del art. 8 CP¹²²⁵. Así la Circular 4/2003 de la FGE establece que “no debe aplicarse el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del art. 173.2 por aplicación de las reglas 1ª y 4ª del art. 8¹²²⁶”. Sin embargo, cuando el enjuiciamiento de estos delitos no se establezca de manera simultánea, sino que ya exista una condena previa por alguno de estos artículos del 153, o del 171. 4 y 5 y del 172.2 en la que se haya aplicado ya alguna de las circunstancias específicas agravantes, al aplicar el art. 173.2 no podrán volver a tomarse en consideración por la prohibición del non bis in

¹²²⁴ Consultar FJ núm. 10 STS 580/2006 de 23 de mayo

¹²²⁵ OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.; *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Civitas, Madrid, 2007, p.115.

¹²²⁶ Circular de la FGE 4/2003, de 30 de diciembre, sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

idem¹²²⁷. Por tanto, coincidimos con que, en principio debe aplicarse la agravante en el 173.2, a no ser que esa agravante ya haya sido apreciada en alguno de los otros delitos anteriormente, y no pueda volver a valorarse de nuevo.

¹²²⁷ En este sentido coincidimos con la opinión de OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.; *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Civitas, Madrid, 2007, p. 136-137.

Reflexión final

La introducción en el código penal de la violencia de género surgió con el propósito de proteger a las mujeres de aquella violencia que acontece *como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* (art. 1.1 de la LOMPIVG), y lo ha hecho a través de agravantes específicas de género.

La propia ley dispone en su art. 1.3 que esas agravantes deberán aplicarse a *todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad*. Pero esa agravante específica solo se ha incorporado a los artículos 148.4 CP (lesiones agravadas en base al riesgo producido o al resultado causado), 153.1 CP (menoscabos psíquicos o lesiones no definidas como delito en el código o a los golpes o maltratos de obra sin causar lesión), 171.4 CP (amenazas leves), 172.2 CP (coacciones leves), excluyendo las agresiones a la libertad sexual y los casos de privación arbitraria de la libertad. Sobre todo no se entiende por qué no se ha agravado el art. 173.2 CP cuando la habitualidad se erige como la diferencia básica de este tipo de comportamientos contra la mujer pareja, pues es la violencia habitual la que genera mayor riesgo de lesión a los efectos que interesan.

De forma simplificada los sujetos que entran a construir estas agravantes específicas de género son los miembros de una pareja, siendo sujeto activo el hombre y sujeto pasivo la mujer, y esta afirmación es la que ha generado la tan conocida crítica de por qué cuando un hombre maltrata a una mujer recibe más pena (según el art. 153.1, seis meses a un año) que cuando es la mujer la que agrede a su pareja (el 153.2, tres meses a un año). Pero en realidad los tipos a la hora de definir al sujeto pasivo hacen referencia no solo a la mujer pareja sino también a *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor* y, por otra parte el sujeto activo se define desde la fórmula general con la que comienzan la gran mayoría de los preceptos del código penal, “el que”. En los delitos de las agravantes específicas de género, concretamente en el 153 y en el 171 también se hace referencia en sus apartados 2 y 5 respectivamente a las personas descritas en el art. 173.2, destinando en cada caso una pena distinta cuando se trate de personas que pertenecen al ámbito familiar o cuasi-familiar. Se acusa de falta de sistemática por parte del legislador ya que en los arts. 148 y 172 no se preve tal distinción.

En cualquier caso queremos destacar aquí que los tipos agravados de género se perfilan y definen desde el sujeto pasivo por el mayor riesgo que supone ser mujer en una relación de pareja, y no desde el sujeto activo, pues afirmar lo contrario y construir el tipo desde las características del sujeto activo nos llevaría a desembarcar en el Derecho penal de autor, cuestiones sobre las que haremos mayor hincapié en el siguiente capítulo. No se trata por tanto de una discriminación positiva para las mujeres y negativa para los hombres, sino que es el riesgo en el que se encuentra una mujer pareja el que justifica esa distinción de pena en base a las distintas características que concurren en esta específica forma de violencia.

Según lo establecido, uno de los puntos poco claros de la ley es el de la inclusión o no de las parejas homosexuales dentro de esta protección reforzada, y pese a la falta de claridad del legislador afortunadamente algunos tribunales no han excluido de la protección reforzada a las parejas compuestas por dos mujeres, ya que *lege data* son perfectamente subsumibles en el tipo cuando efectivamente se desprenda ese mayor riesgo.

Los tipos de las agravantes específicas de género tienen en común, junto al delito de violencia familiar la concurrencia de tipos agravados en función de si los actos se realizan en presencia de menores, o en el domicilio común o de la víctima, o utilizando armas o quebrantando una de las medidas del art. 48 CP aplicando la pena en su mitad superior. Y tipos atenuados (artículos 153.4, 171.6 y 172.2 último párrafo) cuando el *juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado*. Por tanto entrar a valorar estas distintas posibilidades permite al juez diferenciar los casos en función de su gravedad.

Respecto de la estimación o no de un elemento subjetivo específico requerido por el tipo, depende de cómo entendamos *la manifestación de discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, (art. 1.1 de la ley), cabrían dos maneras de entenderlo; la primera como definición (descripción) de la violencia de género, y la segunda como un elemento subjetivo específico requerido por el tipo que debe probarse en cada caso. Estamos de acuerdo con la primera de ellas, por lo que en principio no habría que probar en cada caso concreto esa agravante porque lo que hace es describir el contexto patriarcal en que se

circunscribe la violencia, pero debido a la falta de acierto en la elección de las conductas de tan escasa lesividad, a veces es difícil dilucidar si concurre una manifestación de discriminación o una situación de desigualdad en una agresión mínima y aislada, por lo que el juez deberá probar que las características se dan en ese caso en concreto y perfilar que el hecho efectivamente ocasionó un mayor riesgo y que se produjo en un contexto de dominación.

Como última de las notas comunes a los delitos de género resaltamos el régimen especial en materia de alternativas a la pena privativa de libertad, esto es a la suspensión (art. 83.1.6ª CP) y sustitución (art. 88.1.3ª CP). Para que proceda la suspensión de la pena privativa de libertad se condicionará en todo caso al cumplimiento de las siguientes obligaciones; 1) la prohibición de acudir a ciertos lugares, 2) la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos y 5) participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares. En el caso de la sustitución, el juez debe atenerse a lo dispuesto por el art. 88.1 último párrafo en donde se le obliga a imponer al agresor a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, y además a observar las reglas 1 y 2 del art. 83 (prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima), pero además solo podrá sustituir la pena de prisión por penas en beneficio de la comunidad cuando se trate de delitos relacionados con la violencia de género y recientemente en la reforma de LO 5/2010 de 22 de junio de Modificación del código penal, se ha añadido también la pena de localización permanente. No se entiende la distinción de tratamiento en ambas alternativas, ya que en el primer caso obliga a las tres y en el segundo obliga a una y las restantes deberán “ser observadas”. Tampoco se entiende por qué si es obligatorio el tratamiento, con el cual la pareja podría continuar la convivencia si ese fuera el deseo, el legislador se empeña en todo caso también en el alejamiento.

Una vez expuestos los aspectos comunes a los delitos de género, se hará mención, aunque de una manera rápida a la tipificación de los concretos tipos delictivos:

En el caso de las lesiones del art. 148 CP las conductas están agravadas respecto del tipo básico del 147 en función del resultado causado o del riesgo producido cuando los sujetos pasivos sean la mujer pareja (148.4) o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (art. 148.5), pero deben darse además los requisitos típicos de las lesiones, es decir la asistencia facultativa y el tratamiento médico o quirúrgico.

Por su parte, lo que llama la atención del art. 153 CP es la amalgama de conductas de diferente sentido que entran a formar parte del mismo ámbito de tratamiento punitivo, tanto de resultado (*menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito en este código*), como de mera actividad (las agresiones físicas o psíquicas leves y los malos tratos de obra no habituales que no causan lesión), pero es una cuestión que ya ha sido valorada por el Tribunal Constitucional tanto en su reforma de 2003 como en la de 2004, dando en cualquier caso luz verde al contenido de las mismas. El TC ha sido claro en sus pronunciamientos sobre la elevación de estas conductas (con entidad de falta) a la categoría de delito por la LO 11/2003, estimando procedente tales decisiones legislativas en base a la “relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas, y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador, ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad, no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta¹²²⁸”.

Y respecto de la continuación de tal política legislativa en la reforma de 2004, con la diferencia del establecimiento añadido de otra pena distinta en caso no sólo de que esas conductas se produzcan en el ámbito familiar o cuasi-familiar, sino también en el de la mujer pareja, respecto de lo cual el TC responde a la duda sobre la igualdad de trato del art. 153.1, por el que en principio siempre el sujeto activo es “el que” (que es una expresión neutra con la que comienzan la mayoría de los artículos del código) y el sujeto pasivo es la ofendida que sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada “a él” (al autor) por análoga relación de afectividad aún sin convivencia, pero también considera a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, cláusula en la que no se hacen distinciones en cuanto a sexo de los sujetos, pudiendo ser indistintamente uno u otro, por lo que el máximo intérprete de la Constitución acaba por afirmar (FJ. 4 STC núm. 59/2008 de 14 de mayo) en relación a lo que plantea el recurso

¹²²⁸ Auto TC núm. 332/2005, de 13 de Septiembre, FJ. 5

de inconstitucionalidad que “el 153.1 CP se restringe sólo a los varones no es la única interpretación posible del mismo”.

Por tanto, queda avalada la elevación de esas conductas a delito cuando se lleven a cabo contra personas del 173.2 y en contra de la mujer-pareja. Igual resolución ha estimado el TC respecto de los restantes delitos relacionados con la violencia de género, como son las amenazas leves (art. 171.4 y 5) y las coacciones leves (art. 172.2), aunque volveremos sobre ello en el capítulo siguiente.

Si cabe una crítica rotunda a esta legislación que tiene como fin empoderar a las mujeres, es la de hacerlo sin contar con la voluntad de quienes pretende proteger. El legislador, desde el año 2003 viene negándole esa capacidad a las mujeres maltratadas que acuden (a instancia de parte) o se ven inmersas (de oficio) en un proceso penal, al no dejarlas decidir si quieren o no alejarse de su agresor, y esa posibilidad se niega en virtud del art. 57.2 CP que obliga al juez a imponer pena de alejamiento siempre que se trate de estos delitos. También obligatoria para apreciar las alternativas a la pena de prisión. El delito de quebrantamiento de condena que también es retocado por la LOMPIVG establece un tratamiento especial para los casos de delitos relacionados con la violencia de género. El mayor problema que plantea este delito está relacionado con el alejamiento obligatorio (art. 57.2) que los jueces deben dictaminar en estos casos. Muchas veces, las propias mujeres son las que reestablecen de manera voluntaria la convivencia con su agresor, haciendo que éste quebrante la medida de alejamiento sobre él impuesta. Muchos son los pronunciamientos al respecto de la doctrina y de la jurisprudencia, hasta el punto de que el propio TS se ha pronunciado al respecto en dos ocasiones; estableciéndose un punto de inflexión en el año 2008; pues con anterioridad a dicha fecha para el TS “la decisión más prudente”, fue “estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener –en su caso– otra medida de alejamiento”. Para finalmente concluir que “en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de su protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la

autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquella, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante¹²²⁹”.

Sin embargo el propio TS, mediante Acuerdo no jurisdiccional de 25 de noviembre de 2008 cambia de rumbo interpretativo estableciendo en esta ocasión que “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468.2 CP”. Criticamos que en este caso el tribunal no distinga cuando se trata de un quebrantamiento de una medida cautelar y cuándo se trata de una pena impuesta por sentencia firme. En realidad dogmáticamente resulta complicado estimar la Administración de Justicia como bien jurídico a proteger y pretender dar validez al consentimiento de las mujeres. Es por eso que esta problemática quedaría resuelta tomando algunas medidas anteriores, como distinguiendo el quebrantamiento de una medida cautelar de una pena impuesta en sentencia firme, o cambiando la obligación del alejamiento por una decisión potestativa del juez, o incluso replanteándonos la naturaleza no pública de estos delitos.

Además quebrantar una de las medidas contempladas en el art. 48 CP ya está tipificado como una agravante específica en cada uno de estos delitos analizados en el capítulo III y IV. Por tanto, al establecer el art. 468.2 que en todo caso debe aplicarse pena de prisión, pareciera que no da lugar más que a establecer el concurso real de delitos, entre el tipo agravado que corresponda y el art. 468.2 lo cual no es de recibo al quebrantar el principio de *non bis in idem*.

Respecto del tratamiento penal, desde que el legislador español decidiese abordar el problema de la violencia doméstica y después paralelamente la violencia de género, el problema más que de técnica legislativa ha sido de aplicación del Derecho por los diferentes jueces y tribunales. Desde la habitualidad exigida al principio de los tiempos tan rígidamente interpretada, que hizo que el delito de violencia doméstica quedase casi inaplicado, hasta los actuales delitos de violencia de género. Por tanto, de nada sirve seguir modificando el código penal si a los jueces especializados encargados de llevar a cabo el enjuiciamiento de los casos de violencia doméstica y de género no interpretan según el sentido de la ley; el concepto de violencia de género ya hemos visto que no es

¹²²⁹ Consultar STS 26 de Septiembre de 2005.

de fácil comprensión, pero llegar al fondo de conceptos como este es de suma importancia a la hora de abordar su enjuiciamiento.

Por último, y para acabar con las relaciones entre género y Dogmática penal, el tipo de concurso que debe abordar las relaciones entre el delito de violencia doméstica habitual y el resto de delitos, incluidos los relativos a la violencia de género. Con carácter general y haciendo una interpretación desde la finalidad del legislador, pareciera que el más indicado fuere el concurso real de delitos. Sin embargo alguno de los actos violentos, por dañar otros bienes jurídicos distintos a las salud o integridad física y psíquica puede quedar fuera de la habitualidad, debido al distinto resultado causado. Además puede no ser apreciable el concurso real, sino el concurso ideal de delitos porque de otra manera podría vulnerarse el principio de *non bis in idem* al valorarse dos veces algún aspecto en común, como la relación de parentesco.

**TERCERA PARTE:
POLÍTICA CRIMINAL Y GÉNERO**

CAPÍTULO V

POLÍTICA CRIMINAL, ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN VS. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Con carácter general, el último de los mecanismos de control a través de los cuales puede reducirse la criminalidad es el Derecho penal, cuya función de motivación solamente puede tener cabida una vez que se haya intentado hacer frente al fenómeno a través del resto de mecanismos menos lesivos de los que dispone un Estado, ya sean el resto de formas de control social formales e informales. Una vez justificado su uso en este ámbito del “género”, debemos analizar críticamente algunos aspectos de la regulación existente, y que derivan del intento de acabar con un fenómeno que tiene su sede en la sociedad patriarcal a través de una de las herramientas que han ayudado a sustentar tal tipo de sociedad a lo largo del tiempo, el Derecho penal.

Es por ello que más que en ningún otro ámbito, apostamos por el principio de intervención mínima y por ello nos resulta útil analizar políticamente algunos de los aspectos penales de la Ley para comprobar si efectivamente han tenido el efecto esperado disminuyendo las cifras de violencia y empoderar a las mujeres, o si por el contrario, lejos de prevenir estas conductas, han acabado por victimizar e incluso por criminalizar a las propias mujeres que lo padecen.

I. PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA HABITUAL Y DE GÉNERO

Los elementos y las categorías más problemáticas en el análisis dogmático realizado hasta el momento se concentran de manera especial en los siguientes aspectos:

En primer lugar, queremos poner de manifiesto algunos problemas que derivan del tipo que recoge la violencia cuasi-doméstica habitual, en el que es precisamente el elemento habitualidad el que ha generado más debate en la doctrina, no sólo por la dificultad de su prueba, sino por la consideración de su naturaleza como objetiva o subjetiva. Aunque ya fue analizada en su momento, queremos referirnos en este capítulo

a esa habitualidad que históricamente fue el elemento clave por el que un ciudadano se convertía en enemigo¹²³⁰.

En segundo lugar, es muy discutida todavía hoy sobre todo en los tribunales y tras cinco años de la entrada en vigor de la LO 1/2004, lo ajustado de los tipos que contienen la agravante específica de género a la legalidad, motivo por el cual en este capítulo nos detendremos a hacer un estudio de su relación o no con el Derecho discriminatorio, y de los posibles rasgos de esta regulación que atienden a una doble velocidad penal, que parte de la doctrina vislumbra en la actual política de género. También haremos mención a su aplicación en los tribunales, porque es interesante analizarla desde los fines preventivos que deben guiar la finalidad de cualquier ley, y de su efectividad por eso es importante destacar el impacto de estas políticas legislativas y los cambios reales que se han producido en el ámbito de la violencia de género.

Y en tercer lugar no está de más resaltar el por qué y las causas de la vorágine legislativa en los últimos años sobre los tipos de violencia doméstica y de género, y cómo los grupos de presión han forzado a llevar políticas que han acabado por perjudicar la imagen y la calidad de vida de quienes pretendían proteger, en este caso de las mujeres, es decir, comprobar si esta ley, en su parte penal ha logrado empoderar a las mujeres.

II. TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA; MIEDO Y SEGURIDAD ANTE EL MOVIMIENTO FEMINISTA

1. MIEDO Y SEGURIDAD ANTE EL MOVIMIENTO FEMINISTA

1.1. Miedos

El régimen del Patriarcado ha regido como un sistema cultural (por tanto también jurídico) que ha abarcado todas las esferas de la Sociedad; como un sistema que “instituye estructuras y relaciones injustas de poder, entre otras, en forma de

¹²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, IBdF, 2ª edición, Montevideo- Buenos Aires, 2006, p. 185.

violencia¹²³¹”. Frente a ello, la teoría feminista “se ha configurado como un marco de interpretación de la realidad que visibiliza el género como una estructura de poder¹²³²”. Dos son los enfoques desde los que advertir el miedo en la violencia doméstica y de género; desde la perspectiva de la víctima y desde la del agresor. Los estudios de género comenzaron bajo la perspectiva de la necesidad de protección a las víctimas.

Son muchos los miedos que las mujeres manifiestan en relación al poder patriarcal, y entre ellos han sido muy estudiados por el feminismo el miedo a la violación o al acoso laboral; pero nos centraremos en aquel que ha copado la atención del legislador penal últimamente por ocurrir dentro de la esfera protectora del hogar, el miedo a los malos tratos a las mujeres-pareja. Desde la perspectiva de la mujer-pareja distinguimos dos tipos de miedos. El primero de ellos proviene de la propia estructura patriarcal, del envoltorio cultural que encorseta a las mujeres en un segundo plano social y, por tanto de su arrinconamiento en el espacio doméstico siempre regido por el poder y control masculino. El segundo de los miedos a los que se enfrentan las mujeres es el de reconocer públicamente la situación de violencia, la mujer por lo general tarda años en tomar la decisión de denunciar a su agresor¹²³³. Miedo a que no le crean y miedo a que tras la denuncia la violencia contra ella aumente pues los datos demuestran que ésta incrementa cuando el hombre sabe que pesa una denuncia contra él. Las etapas de separación son especialmente tensas, son momentos en los que se recrudece la violencia¹²³⁴.

¹²³¹ BARRÉRE, M. A.; “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 29

¹²³² COBO, R.; “El género en las ciencias sociales” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 55.

¹²³³ SAAVEDRA, A. M./ CARRANCO, R.; “Una aproximación a los delitos en 2008. Violencia machista. Nueve mujeres muertas y una cifra que deja respirar” *El País*, 19 de marzo de 2009, que recoge unas declaraciones del Ministro de Interior en las que afirma que “cada vez denuncian más los vecinos de las víctimas, los familiares; están aflorando poco a poco este tipo de delitos al perderse el miedo”, señaló Rubalcaba (Ministro de Interior), que explicó que los delitos de este tipo pasaron de 60.000 en 2007 a 63.000 el año pasado”. De la misma manera nos sorprende otra noticia; MORÁN, C.; “La violencia machista origina más de 400 denuncias al día. Los jueces piden que se comunique a la víctima si el agresor sale en libertad”, *El País*, 3 de enero de 2009, en donde se afirma que “normalmente, el miedo o la inconsciencia de estar percibiendo malos tratos, no ayudan a denunciar e incluso en algunas ocasiones llevan a un arrepentimiento prematuro.”

¹²³⁴ Según palabras del Delegado del Gobierno en la materia (de violencia de género), Miguel Lorente; cada vez más mujeres mueren a manos de sus ex-parejas y no de las actuales¹²³⁴, por lo que el riesgo es más fuerte cuando hay una separación de por medio propiciada por la mujer. En el año 2008, el

Hace algunos años hubiésemos centrado nuestro análisis tan sólo en el miedo de las víctimas pero a día de hoy este análisis quedaría incompleto sin hacer mención al agresor. En los últimos diez años los medios de comunicación se han encargado de darle la vuelta al enfoque de este análisis, estableciendo el punto de mira en los agresores, y sobre todo en la respuesta penal a la violencia desencadenada por los mismos. Los medios por tanto, han sido los encargados de generar en la opinión pública un sentimiento de inseguridad, sopesado con la multitud de estudios estadísticos generados, que ha provocado una desconfianza social ante cualquier tipo de agresiones en casa. Es por eso que la segunda vertiente de ese miedo se suscribe en el eje del propio patriarcado, esta vez en los hombres. La inseguridad se ha fraguado al hilo de la independencia económica de la mujer, traducido en el miedo de muchos hombres a perder el lugar privilegiado ocupado hasta entonces tanto en la sociedad como en el propio seno de la pareja. Desde la perspectiva del agresor el miedo proviene sobre todo de la mujer independiente; el hombre teme perder el papel privilegiado que le deparó la historia, y es por ello que incrementa la violencia cuando conoce que la mujer interpuso denuncia contra él; además de forma gradual, la mujer ha entrado a formar parte del “sistema” de producción Postfordista actual; pues en la medida que son consumidoras, las mujeres han entrado de lleno al sistema de producción y por tanto social¹²³⁵.

1.2. Seguridad

Estos miedos han sido rentabilizados por el Estado que ha aprovechado la preocupación social añadiendo a la problemática un interés distinto y que llega a predominar sobre las personas que trata de proteger y es “el interés estatal en la reducción de la violencia familiar y de género¹²³⁶”. Según JAKOBS al Estado le

porcentaje de ex-parejas que acabaron con la vida de sus mujeres fue del 41%, y en el 2009 es del 57,7%. Además hasta el verano de 2009 “el 11,50% habría renunciado a la orden de protección mientras que a mediados del 2008 ninguna lo había hecho¹²³⁴”.

¹²³⁵ DE GIORGI, A.; *Tolerancia Zero. Estrategias y prácticas de las sociedades de control*, Prefacio de Toni Negri (Presentación y traducción de Iñaki Rivera y Marta Monclús), Virus Editorial, Barcelona, 2005, p. 11, quien establece que en el modelo económico de la Globalización los trabajadores han pasado de ser ciudadanos a consumidores si tienen medios para consumir. Siguiendo esta teoría, la incorporación de la mujer al trabajo las ha hecho consumidoras, por tanto ciudadanas.

¹²³⁶ FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 154. La misma autora en “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, en PUENTE ABA, L. M.; (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género*.

corresponde el restablecimiento del orden externo de la sociedad y por consiguiente, garantizar la seguridad de todos los ciudadanos¹²³⁷. En la actual sociedad del riesgo podemos distinguir tres niveles de análisis¹²³⁸; el primero de ellos referido a las nuevas tecnologías y el control de sus riesgos, en segundo lugar, se pone de manifiesto la dificultad de atribuir la responsabilidad de esos riesgos a personas individuales o colectivas y lo que es más importante, en un tercer lugar observamos que “en la sociedad se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad, que no parece guardar exclusiva correspondencia con tales riesgos, sino que se ve potenciado por la intensa cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos¹²³⁹”, y es ésta última la que nos interesa.

La inseguridad es tomada aquí desde la diferencia que hay entre la percepción de los ciudadanos a ser posibles víctimas de un delito, y las posibilidades reales de serlo. Esta situación de partida (es decir, el miedo a ser víctima de un delito) ha justificado ante la opinión pública la instauración de unas políticas securitarias a nivel mundial que han tomado el miedo de referencia y como pretexto y excusa para el control de los ciudadanos¹²⁴⁰, justificando de esta manera la reducción de los derechos fundamentales en aras a mantener el valor superior de la seguridad. Cuestión acrecentada sobremanera tras los ataques terroristas del 11S en Nueva York. Así GIL RUIZ llama la atención sobre el contenido de la seguridad pública en un contexto democrático, y nos recuerda que éste debe consistir “en la situación política y social en la que las personas tienen

Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista, Comares, Granada, 2010, p. 186.

¹²³⁷ PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; CANCIO MELIÁ, M.; “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs (Traducción al castellano y Estudio Preliminar PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; CANCIO MELIÁ, M)”, en JAKOBS, G.; *Estudios de Derecho Penal, Civitas, Madrid*, 1997, p. 25 y ss.

¹²³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De la sociedad del Riesgo a la Seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 07-01 (2005)*, p. 3-4.

¹²³⁹ Ídem. p. 4.

¹²⁴⁰ FOUCAULT, M.; *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión, Décimo sexta reimpresión*, S. XXI, Madrid, 2009, p. 188 en la que afirma que “el funcionamiento jurídico-antropológico que se revela en toda la historia de la penalidad moderna no tiene su origen en la superposición a la justicia criminal de las ciencias humanas y en las exigencias propias de esta nueva racionalidad o del humanismo que llevaría consigo; tiene su punto de formación en la técnica disciplinaria que ha hecho jugar esos nuevos mecanismos de sanción normalizadora”.

legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos a defender y a ser protegidos en su vida, su libertad, su integridad y bienestar personal, su honor¹²⁴¹”.

Por eso mismo, con lo expuesto hasta ahora no queremos decir que el Estado no intervenga y proteja a sus ciudadanos, sino que, es la extralimitación en sus funciones lo que nos preocupa porque acaba produciendo efectos perversos a tales fines. A esta realidad de miedo *versus* seguridad creada por los atentados terroristas del 11-S no escapa lo acontecido en materia de violencia de género. El marco de la seguridad ciudadana acaba por desbordarse, hasta el punto que entran en el debate ámbitos que nada tienen que ver con el ámbito tecnológico, como es el caso de la violencia doméstica y de género¹²⁴², en el que calan profundamente todos los paradigmas que justifiquen menos garantías *en pro* de una mayor “seguridad para las mujeres”. Nótese en las reformas penales llevadas a cabo por nuestro legislador en el año 2003, en las que además de endurecer los delitos relativos al Terrorismo¹²⁴³, endureció los delitos de violencia doméstica a través de la *Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, por la que las faltas de maltrato (art. 617 CP) pasaron a ser delitos del art. 153 CP. Se ha llegado a afirmar que el colectivo feminista es uno de los agentes sociales que más se está beneficiando por el modelo securitario que a nivel de Política criminal se está asentando en nuestro país¹²⁴⁴, afirmación que desde aquí debemos relativizar.

Las políticas llevadas a cabo a nivel europeo y mundial en los últimos veinte años han sido las precursoras de los tipos penales que venimos analizando. Responden al modelo de seguridad ciudadana que venimos padeciendo desde la instauración de la sociedad del riesgo que ha acabado por anidar en el seno de los problemas sociales más visibles en la sociedad de hoy, lo cual “supone un saludable avance en el empleo no

¹²⁴¹ GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género...*, *op. cit.* p.26.

¹²⁴² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De la sociedad del Riesgo a la Seguridad ciudadana:...” , *op. cit.*, p. 9.

¹²⁴³ Para ello se puede consultar la LO 7/2003 de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que eleva hasta 40 años de privación de libertad; art. 76,d) CP y 78 CP.

¹²⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada...*, *op. cit.*, p. 125.

sesgado de los instrumentos de control social, y desgraciadamente es una realidad que está claramente sobreestimada; en efecto, es fácil apreciar la rareza con que se dan efectivas intervenciones penales en el sector de los llamados <nuevos riesgos>, que nos reconduce, con excesiva frecuencia, al mundo del Derecho penal simbólico¹²⁴⁵”.

El desatino que supone atajar este problema social (la violencia ejercida de hombres contra mujeres) a base de Derecho penal se pone de manifiesto por los estudios de CAROL SMART en el campo de la Sociología jurídica, quien se basa en dos consideraciones; que el Derecho penal es sesgado en cuanto al género y, (en segundo lugar) que el Derecho en sí es una estrategia que crea el género. Nos centraremos ahora en el primer punto, examinando las fases en las que la propia autora divide las relaciones del género y el Derecho; a) el Derecho es sexista; b) el Derecho es masculino y c) el Derecho tiene género¹²⁴⁶. De ahí el error de tratar de acabar con el problema de subordinación de las mujeres a través del Derecho penal sin antes someter a análisis la propia construcción del Derecho penal. Desde 1989 la regulación de la violencia doméstica en España se enfocó desde el paradigma de la seguridad¹²⁴⁷ y además el concepto de ciudadana, en contra de las peticiones del Feminismo se construyó desde el concepto de familia y no desde el de mujer¹²⁴⁸.

La ley de 2004 rompe esa tradición de la seguridad y aunque toma en consideración alguno de los aspectos de la epistemología feminista deja fuera muchos otros respectivos a la teoría jurídica feminista¹²⁴⁹, como tendremos ocasión de analizar en este

¹²⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBDeF, Buenos Aires, p. 142

¹²⁴⁶ SMART, C.; “La mujer del discurso jurídico” en LARRAURI, E. (Comp.); *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Editorial s. XXI, Madrid, 1994, p. 170-178. Estas fases en la que se divide la crítica feminista al derecho penal, fue estudiada por autoras como LARRAURI, E.; “Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho”, en LARRAURI, E.; y VARONA, D.; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, p. 11-13. También por GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia doméstica y de género. Actualizado con la Ley de Igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 17 y p. 186 (el derecho es sexista), 198 (el derecho es masculino) y p. 212 (el derecho tiene género) respectivamente.

¹²⁴⁷ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del Feminismo” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A. (Coords.); *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 277.

¹²⁴⁸ Ídem, p. 286.

¹²⁴⁹ Ídem, p. 276.

capítulo. Aunque parte de la doctrina reconoce que esta ley es “extraordinariamente importante para la erradicación de la violencia contra la mujer, en cuanto que indudablemente contribuye a la formación de una conciencia colectiva opuesta a la victimización femenina, y solamente ya por eso merece todo reconocimiento¹²⁵⁰”. Analizaremos esta cuestión de la seguridad en un apartado posterior dentro de la Política Criminal de género.

Por eso la Política Criminal de género alumbrada al calor del auge de las reivindicaciones de cierto sector del Feminismo ha traído consigo el acervo normativo que a lo largo del trabajo hemos puesto de relieve. En realidad, la principal tarea de la teoría jurídica feminista ha sido establecer las bases que deben basar las relaciones entre género y Derecho. De esta forma ha habido dentro del propio movimiento feminista varias posturas que han podido llegar a ser incluso contrarias, a favor y en contra de la utilización del Derecho penal a los fines últimos de empoderar a las mujeres.

2. EL FEMINISMO

La ciudadanía entendida como el pleno goce de derechos estuvo históricamente reservada a los hombres libres, y negada a las mujeres, a los inmigrantes y a los extranjeros¹²⁵¹. No es nuestra intención detenernos aquí en la evolución detallada del pensamiento feminista, pero basta recordar, cómo las mujeres no fueron siquiera incluidas en el Pacto Social con el que nació el Estado Moderno. Fue en Inglaterra cuando comenzó el movimiento, destacando Mary Woolstonecraft con su obra “Reivindicaciones de los derechos de las mujeres” (1790) la cual fue estudiada por Jonh Stuart Mill, diputado inglés caracterizado por ser el propulsor en el Parlamento del derecho al voto femenino desencadenante del movimiento de “las Suffragettes”.

Esta primera remesa del movimiento feminista visibilizó un grupo oprimido por la Sociedad Patriarcal; las mujeres. Tras la consecución de algunos derechos a lo largo del

¹²⁵⁰ GARCÍA VITORIA, A.; “El cumplimiento del alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Métodos tecnológicos de control”, en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 8, 2005, p. 52.

¹²⁵¹ Para más información consultar DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; “Ciudadanía, sistema penal y mujer” en GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coords.), en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 189-190

s. XX aparece en el plano social la mujer-víctima gracias a la Criminología Feminista. Como hicimos mención a lo largo del primer capítulo de este trabajo, la historia deparó a las mujeres un lugar secundario en todos los aspectos de la vida pública pero, “coincidiendo con el desarrollo de la Criminología feminista, se redescubre la violencia doméstica, el acoso sexual, y se presenta a la mujer como víctima de la opresión social¹²⁵²”. Una vez introducido el ideario feminista en la esfera social y legal, el propio movimiento se escinde, pues para cierto sector, lo que se ha conseguido no ha sido más que volver a una visión infantilizada de las mujeres, incapaces de decidir y necesitadas en todo caso de la protección estatal, de ahí un sector crítico con el acontecer feminista. Las proclamas del feminismo como vimos se fraguan con la consecución del derecho al voto, que de alguna manera podemos clasificar como una primera manifestación del feminismo, una segunda manifestación, es la que se ha abierto camino a raíz de la segunda mitad del s. XX, en la que todavía hoy tiene su influencia en el ámbito de la ley que ahora es objeto de nuestro estudio.

La deconstrucción de la feminidad tradicional, o lo que es lo mismo, “la tarea de detección y desidentificación del modelo de mujer lastrado exige así mismo combatir dos enemigos bastante escurridizos que participan de la retroalimentación del modelo de subjetividad hipotecado: el enemigo interno y el enemigo externo¹²⁵³”; entendiendo el enemigo interno por la propia labor de las mujeres quienes deben desidentificar y volver a identificar lo que es ser mujeres, y el enemigo externo que tiene que ver con trabajos colectivos a nivel de sociedad para favorecer la ciudadanía plena de las mujeres¹²⁵⁴. Con ese segundo enemigo tiene mucho que ver el cambio del Estado Liberal puro al Estado intervencionista, y en el que los derechos no solo se reconocen sino que se regulan materialmente, está llegando para las mujeres de una manera tardía. En realidad alegan los defensores de la incriminación de género que los poderes públicos deben intervenir de manera activa, y no sólo negativa en la consecución de los derechos de los ciudadanos, en este caso de las mujeres. Ciertamente no hay que perder de vista la doble dimensión de los derechos subjetivos, su vertiente negativa, de época Liberal se

¹²⁵² TORRENTE, D.; *Desviación y delito, ciencias sociales*, Alianza editorial, Madrid, 2001, p. 68.

¹²⁵³ GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 61-62.

¹²⁵⁴ Ídem, p. 62.

circunscribe a recalcar los derechos frente al Estado, pero también en su versión positiva más propia de un Estado Democrático, es decir, deber positivo del Estado de poner las condiciones para la efectiva vigencia de los bienes en la comunidad¹²⁵⁵. Es por ello que el feminismo ha sido capaz de alimentarse de las aportaciones tanto del Liberalismo; con los derechos individuales, como de la Socialdemocracia, con los derechos sociales, pero ello, “sin abandonar ni la transformación social, ni el desarrollo libre de los individuos- respectivamente- que conforman la ciudadanía¹²⁵⁶”. Otra cuestión es si el poder punitivo es el medio adecuado para conseguir tal estrategia.

2.1. El Feminismo Oficial

Según LARRAURI a lo largo de la historia del Feminismo, se han producido distintas estrategias provenientes de grupos de mujeres; un primer grupo en su opinión se corresponde con aquel que proclamó la eliminación de la desigualdad a costa de plasmar la diferencia; un segundo grupo se propuso la lucha proponiendo otro Derecho penal (feminista) y, una tercera que trataría de buscar alternativas al Derecho penal¹²⁵⁷. A nuestro juicio es la segunda de las etapas la que de manera general se ha instaurado en España en los últimos años y, que responde a esas políticas de *Tolerancia cero* promulgadas desde Europa o la esfera internacional en general. Para LARRAURI “resulta contradictorio que se acuse al Derecho penal de ser un medio patriarcal y se recurra a él, con lo cual en vez de contribuir a extinguirlo, se contribuye a engrandecerlo¹²⁵⁸”, por lo que sin desestimar el poder de tal herramienta jurídica, apuesta por su no abuso y la creación de alternativas, es decir, legítimamente el Feminismo puede hacer uso del poder punitivo pero de manera prudente y en la medida en que no obstaculice su estrategia¹²⁵⁹. En nuestra opinión, lo productivo, sería buscar

¹²⁵⁵ LAURENZO COPELLO, P.; *El fundamento de las indicaciones en el aborto*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, p. 364-365.

¹²⁵⁶ GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género...*, op. cit. p. 41.

¹²⁵⁷ LARRAURI, E.; “Una crítica feminista al derecho penal” en LARRAURI, E. y VARONA, D.; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, p. 165-171.

¹²⁵⁸ Ídem, p. 172.

¹²⁵⁹ ZAFFARONI, E. R.; “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BIRGIN H.; (Compiladora), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 36.

alternativas al Derecho penal, que efectivamente postulen a las mujeres como autónomas y capaces.

Por el contrario, el Derecho penal como medio institucionalizado de control social cuenta con el apoyo de parte importante del movimiento feminista, pero no se puede olvidar que históricamente el Derecho penal “ha servido como medio de perpetuación por razón de sexo, en tanto en cuanto ha tutelado bienes jurídicos que directa o indirectamente se han visto impregnados de valores y criterios sexistas¹²⁶⁰”. GIMBERNAT se ha referido al movimiento feminista como un “gestor atípico de la moral colectiva”, expresando que este movimiento, que se había centrado en la despenalización de conductas como el aborto o el adulterio, y que había sido tradicionalmente de izquierdas, y cuya labor en sus primeros años consistió en destipificar varias conductas relacionadas con los derechos de las mujeres, se torna a finales del siglo pasado en punitivista. Afirma que “el movimiento feminista ha dado lugar a la mayor revolución del s. XX, y a él le corresponde el mérito gigantesco de haber cambiado las condiciones de vida de las mujeres para conseguir, aunque todavía queda mucho por hacer, su equiparación social y profesional con los hombres. Pero ni siquiera esa aportación que ha abierto una nueva época de la Humanidad le legitima para entrar en el ámbito del Derecho penal como un elefante en una cacharrería¹²⁶¹”. Estaríamos de acuerdo en parte con los planteamientos de GIMBERNAT, pero nos lamentamos de que no se haga referencia a que al menos estos planteamientos han servido para sustituir, o al menos cuestionar los gestores tradicionales de la moral colectiva, como son los planteamientos religiosos de ordenación de una Sociedad que ayudaron a relegar a las mujeres a una posición secundaria.

Las últimas reformas llevadas a cabo en materia penal sobre la violencia doméstica y de género se han realizado bajo los parámetros del feminismo oficial que según LARRAURI se caracteriza; en primer lugar por “su plena confianza en el

¹²⁶⁰ CRUZ BLANCA, M. J.; “Derecho Penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002, p. 24.

¹²⁶¹ GIMBERNAT OREDEIG, E.; “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, *El Mundo*, 10 de julio de 2004.

Derecho penal¹²⁶²”; en segundo lugar por “considerar siempre insuficiente la respuesta penal ya sea a nivel legislativo o judicial¹²⁶³”; y en tercer lugar porque “parece existir la convicción de que quien duda de alguna de las medidas sugeridas para atajar la violencia doméstica es porque no se toma suficientemente en serio el dolor de las víctimas; y así, cualquier discusión pretende zanjarse apelando a la extrema gravedad del problema, o al número de mujeres muertas, recurriendo con ello a la equívoca identificación de que sólo quien está a favor de penas más severas defiende los intereses de las mujeres¹²⁶⁴”. Además este discurso feminista no toma en consideración otros factores igualmente importantes en la materia, con tal de identificarnos a todos con esa máxima de que “la próxima puedes ser tú”, se han basado en el concepto de género, dejando que sea éste en solitario el que de respuesta a la violencia que se dirige de los hombres a las mujeres desechando otras muchas explicaciones que vienen de la mano de la sociedad de consumo, de la sociedad capitalista¹²⁶⁵.

Ante semejante alianza institucional entre el feminismo y el Estado MAQUEDA cuestiona el sometimiento a la voluntad estatal de la protección de las mujeres, augurando precisamente el efecto contrario al pretendido, pues el resultado de tal alianza se traduce en una “protección que victimiza y criminaliza a la vez¹²⁶⁶”, como comprobaremos.

2.1.1. El Bienestarismo autoritario

Según DÍEZ RIPOLLÉS el femenino tradicional se construye como una suerte de “bienestarismo autoritario”, y acusa a la Criminología feminista de orientar una política que “sin desconocer las causas profundas de determinados comportamientos delictivos, ha dado primacía a las intervenciones penales frente a otro tipo de

¹²⁶² LARRAURI, E.; *Criminología crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 66.

¹²⁶³ *Ibidem*.

¹²⁶⁴ LARRAURI, E.; *Criminología crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 68

¹²⁶⁵ *Ídem*, p. 33 criticando que “en la práctica se opera como si la única causa fuera la desigualdad de géneros, como si la única desigualdad fuera la de géneros”.

¹²⁶⁶ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 396

intervenciones sociales y, en consecuencia, ha sido una de las principales impulsoras de lo que podríamos denominar el bienestarismo autoritario¹²⁶⁷”. Pero hay algo muy positivo que este movimiento ha promovido, y es que “ha puesto acertadamente de manifiesto la necesidad de desmontar la sociedad patriarcal, la cual ha sido capaz de superar, apenas alterada, las profundas transformaciones sociales que han tenido lugar en el s. XX y de mantener, consiguientemente, insostenibles desigualdades sociales entre los géneros¹²⁶⁸”. Pero desemboca esa lucha en dos consecuencias irremediables; a) en asegurar una punición de comportamientos patriarcales no necesariamente violentos, como es el caso de las amenazas en el marco de la violencia doméstica, y b) asegurar el castigo de los actos patriarcales confiando en los efectos simbólicos del Derecho penal para promover cambios sociales¹²⁶⁹.

Sin embargo, como bien recuerda BODELÓN todos los movimientos jurídico-feministas contemporáneos coinciden en que “el Derecho está atravesado por estructuras androcéntricas, por relaciones de género, que hacen del terreno jurídico un terreno que, como muchos otros, debe ser sometido al análisis crítico feminista¹²⁷⁰”, hasta el punto que este feminismo que es el que ha logrado calar en las reformas penales está siendo criticado dentro del propio movimiento feminista que reivindica hacer balance de los riesgos que pueden derivar para las propias mujeres no de un uso, sino de un abuso indebido de las reglas penales.

Siendo así las cosas, podemos afirmar que la LO 1/2004 ha sido fruto de este feminismo institucional y que la protección a las mujeres allí recogida responde a la visión de este Feminismo¹²⁷¹.

¹²⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, p. 99, Bienestarismo autoritario sobre el que vuelve a pronunciarse más adelante describiendo más características, concretamente en la p. 112.

¹²⁶⁸ Ídem., p. 99.

¹²⁶⁹ Ídem., p. 100.

¹²⁷⁰ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 294

¹²⁷¹ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico.”. en *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007, p. 21 “la ley integral inicia en nuestro país una línea político criminal

2.2. El Feminismo Crítico

El pensamiento feminista nace como un pensamiento crítico¹²⁷², sobre todo con las pretendidas ventajas que en determinados campos sociales puedan atribuirse al Derecho penal. El pensamiento feminista que nace como un movimiento de vanguardia en defensa de los derechos de un colectivo olvidado históricamente pronto deviene en una Política Criminal que contradice su principal objetivo; empoderar a las mujeres, y esto es objeto de crítica dentro del propio movimiento.

Además del concepto de género, que es un concepto de nueva construcción, hay otros factores de fondo que han empujado a las mujeres a un segundo plano social, y que ya analizamos con mayor o menor amplitud en el capítulo I de este trabajo. En la sociedad actual, se encuentran muchos factores que hacen que ese papel secundario de las mujeres se perpetúe en la actualidad. La idea de que cualquier mujer puede ser agredida se difumina cuando se toman en consideración otro tipo de factores como el económico, por ejemplo el de la desigual distribución de la riqueza propiciado por el actual sistema económico¹²⁷³. Por ello, “lejos de ocultar esos otros factores que coadyuvan a provocar respuestas violentas en muchas parejas marcadas por la marginación social o por las peores condiciones de vida en general, el movimiento feminista debería poner todo su empeño en denunciar la injusticia social que está en la raíz de esos fenómenos violentos¹²⁷⁴”.

Por tanto, es “preciso contemplar otros factores, como la estructura familiar, núcleo de privacidad escasamente permeable que amortigua o genera todo tipo de tensiones; el papel de la educación religiosa y su mensaje de matrimonio-sacramento; el concepto del amor por el que todo se sacrifica; las escasas habilidades para la resolución

específicamente dirigida a la protección de las mujeres. Pero lo hace desde la visión del feminismo institucional”.

¹²⁷² COBO, R.; “El género en las ciencias sociales”, en LAURENZO, P.: MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2008, p. 49.

¹²⁷³ LARRAURI, E.; *Criminología crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 33-37.

¹²⁷⁴ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 64.

de los conflictos; el alcoholismo; las toxicomanías... Todas estas cuestiones, tan importantes para una verdadera prevención del maltrato, quedan difuminadas si se insiste en el género como única causa¹²⁷⁵”. En el Derecho comparado, concretamente en el caso holandés, por ejemplo, la ley no distingue en género, pero puede llegar a expulsar al agresor del hogar siendo la violencia doméstica la segunda causa de muerte no natural, tras los accidentes de tráfico, registrada en Holanda según el titular de Justicia Erns Hirsch Ballin. La nueva ley holandesa no distingue entre géneros, aunque un 85% de las víctimas del maltrato sean mujeres (entre 25 y 45 años) y un 18.5% varones, habla de ambos como posibles autores de la violencia¹²⁷⁶.

LARRAURI avisa que otras perspectivas feministas “siempre han alertado del riesgo de que separar también puede mantener la idea de que la mujer es distinta, necesitada de una protección especial¹²⁷⁷”, cuando en realidad, la igualdad debe ser “entendida no en el sentido de que el hombre hace la norma y yo me igualo a ella sino de que la norma recoge la problemática de la mujer y en ese sentido la norma es igual¹²⁷⁸”. Por su parte OSBORNE recoge las críticas de la Teoría *queer* o del Feminismo postmoderno que surge en la década de los 90, y pone de manifiesto que no se puede basar toda la trama de discriminación tan sólo en el género y la importancia de esta doctrina es que tiende a las políticas de coalición entre las minorías a pesar de la raza, la pobreza o no, distinguiendo por tanto varias opresiones en las mujeres y no sólo la del género¹²⁷⁹. Pero no por ello desestimamos la importancia del género, eso sí, contando con la existencia de los demás factores.

¹²⁷⁵ El País, 18 de marzo de 2006, “Un feminismo que también existe”

¹²⁷⁶ El País, 8 de noviembre de 2008, “El sospechoso de maltrato en Holanda podrá ser expulsado un mes de casa”.

¹²⁷⁷ LARRAURI PIJOÁN, E.; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2004, VIII Legislatura, Núm. 67, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excm. Sra. D^a. Carmen Marón Beltrán, Sesión núm. 7 (extraordinaria), celebrada el jueves, 22 de julio de 2004, Núm. de expediente 219/000020), p. 43-44.

¹²⁷⁸ Ídem, p. 44.

¹²⁷⁹ OSBORNE, R.; “Debates en torno al feminismo cultural” AMORÓS, C.; DE MIGUEL, A.; (Editoras), *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización. Del Feminismo liberal a la Postmodernidad, tomo II*, Minerva Ediciones, 2ª edición, Madrid, 2007, p. 244-248.

Es por ello que la principal característica que diferencia al feminismo crítico del oficial es la poca credibilidad que para éste representa el uso del Derecho penal, si tomamos de referencia todos los factores que intervienen en la violencia de género. Eso sí, en una sociedad en la que el Derecho penal está en claro auge y expansión, no vale justificar tal expansión para la protección de otros derechos y sin embargo no adaptarla a las necesidades de los derechos de las mujeres acusando de “nuevo punitivismo” al feminismo¹²⁸⁰, “otra cuestión es si los instrumentos penales son los más idóneos para la protección de cualquier bien jurídico, de cualquier derecho. Muchas mujeres hace tiempo que decimos que no lo son, ni para la defensa de nuestros derechos, ni para la defensa de otros derechos¹²⁸¹”. Pero no por ello entonces, debemos descartar su utilización ni negar esa fuerza legislativa al feminismo¹²⁸².

Así la doctrina feminista se lamenta de que la tendencia a abusar del poder punitivo haya desembarcado también en este ámbito, lo cual en la última reforma se ha traducido en ignorar las medidas no penales que se han interpuesto en la LO 1/2004¹²⁸³. No cabe desestimar la importancia del Derecho penal en el ámbito regulativo del problema que ahora traemos a colación, la realidad es que la crítica que los penalistas suelen efectuar a las reformas penales que ahondan en los delitos es que sólo con el recurso al Derecho penal no se cambian los comportamientos humanos, por lo que es de destacar el carácter integral de la LO 1/2004, que en este sentido aborda la problemática desde más de un solo ámbito¹²⁸⁴. Es por ello que “el eterno desafío para cualquier política criminal alternativa que se proponga mejorar la posición de las mujeres frente a

¹²⁸⁰ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 292.

¹²⁸¹ *Ibidem*.

¹²⁸² BODELÓN, E.; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, p. 110 “no podemos pensar que el Derecho es sencillamente una herramienta neutral, pero tampoco sería acertado rechazarla para atribuirle un significado esencialmente patriarcal”, es por eso que la autora apuesta por un nuevo derecho feminista.

¹²⁸³ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2007, p. 5-6.

¹²⁸⁴ ARROYO ZAPATERO, L.; en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, de los días 9 de julio, 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a las Sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión, de la Sesión 9. Consultar en www.congreso.es.

situaciones de dominación o discriminación; <repensarse> el recurso abusivo al aparato punitivo del Estado¹²⁸⁵. De la misma manera, un Manifiesto feminista en la prensa: “Un feminismo que también existe” va más allá del castigo como solución advirtiendo que “otro de los problemas de enfoque preocupantes en este feminismo y claramente presente en la ley es la *filosofía del castigo* por la que apuesta: el castigo se presenta como la solución para resolver los problemas y conflictos. Así, el Código Penal adquiere una importancia desmesurada y se entienden como más eficaces aquellas leyes que contemplan penas más duras. Las situaciones de maltrato han de castigarse, pero la experiencia demuestra que más castigo no implica menos delito ni mayor protección para las víctimas¹²⁸⁶”. Al paso de estas declaraciones vertidas en la prensa, salieron las críticas por parte de quienes están convencidas de las bondades de la ley penal, criticando por tanto que “las compañeras que se llaman <las feministas que también existen>, parecen estar ahora preocupadas por la excesiva tutela de las leyes sobre la vida de las mujeres¹²⁸⁷”. La pregunta es para qué tanta ley, pues lo imprescindible es “desarrollar con más voluntad y recursos las medidas preventivas contempladas en la ley contra la violencia de género. De manera muy especial... es necesario hacer todo tipo de esfuerzos por reforzar la autonomía de las mujeres, capaces de decidir por ellas mismas sin que tengan que ser las eternas dependientes. Por ejemplo ¿para cuándo la creación del Fondo de Garantía Económico que impida que las divorciadas tengan que seguir dependiendo de sus maridos, ahora en calidad de ex?¹²⁸⁸”.

Después de poner de manifiesto la propia disociación dentro del propio movimiento feminista, podemos reconducir las críticas a la nueva ley, y diferenciar dos puntos claves siguiendo a LAURENZO COPELLO; pues una cosa es “el reconocimiento o no de la violencia de género como una manifestación de la discriminación que sufren las mujeres en el contexto de la sociedad patriarcal y, otra cuestión es “la aceptación o el rechazo de la legitimidad del Derecho penal como

¹²⁸⁵ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico” en *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 376.

¹²⁸⁶ El País, 18 de marzo de 2006, “Un feminismo que también existe”.

¹²⁸⁷ El País, 16 de abril de 2006, “Por la autonomía de las mujeres”.

¹²⁸⁸ El País, 16 de abril de 2006, “Para el avance de las mujeres”.

instrumento único o preferente para resolver cuantos problemas importantes ha de enfrentar la sociedad de nuestros días, también el relativo a la violencia de género¹²⁸⁹”. Con la primera de las cuestiones coincidimos de lleno, de ahí el primero de los capítulos de este trabajo, otra cuestión es la efectividad sobre todo en la elección de conductas que ha hecho el Derecho penal para resolver el fenómeno. En general lo que se ha tratado de plasmar aquí es que el devenir de las continuas reformas ha puesto de manifiesto la no eficacia en la lucha contra este tipo de violencia, que debe abordarse no solo desde la perspectiva de la vía penal¹²⁹⁰.

III. ¿RETOQUE EN LAS GARANTÍAS CLÁSICAS DEL DERECHO PENAL?

1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Desde que Beccaria formulase su obra *De los delitos y de las penas*, el principio de proporcionalidad ha sido clave en el diseño de las políticas criminales de los países del entorno. De la siguiente manera definía Beccaria la proporción entre los delitos y las penas; “no sólo es interés común que no se cometan delitos, sino que sean menos frecuentes proporcionalmente al daño que causan en la sociedad. Así pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan a los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por eso haber una proporción entre los delitos y las penas¹²⁹¹”.

El principio de proporcionalidad tal y como lo entendemos hoy puede dividirse en varios principios; el principio de necesidad o de protección de bienes jurídicos, es decir; comporta la intervención mínima sobre los derechos de la persona para alcanzar los fines del Derecho penal¹²⁹². También el principio de adecuación, que “requiere que la

¹²⁸⁹ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 37-38.

¹²⁹⁰ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 273.

¹²⁹¹ BECCARIA, C.; *De los delitos y de las penas*, (traducción de Juan Antonio de las Casas), Tecnos, Madrid, 2008, p. 24-25.

¹²⁹² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J.; *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones experiencia, Barcelona, 2004, p. 70.

incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida de seguridad, sea apta para alcanzar el fin que lo fundamentan¹²⁹³”. Y en tercer lugar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, que requiere ponderar la privación de derechos que conlleva la pena y el fin perseguido con la incriminación¹²⁹⁴. De la misma manera se pronuncia la Jurisprudencia, exigiendo la constatación de esos tres requisitos; a) si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto; b) si además es necesaria en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y; c) si la misma es proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto¹²⁹⁵.

Parte de la doctrina distingue entre la formulación del principio de proporcionalidad en la doctrina penal y en la jurisprudencia constitucional. Ambas posturas coinciden en establecer un doble fundamento para el principio de proporcionalidad; a) que los valores del propio Estado Democrático imponen la exigencia de restringir la intervención penal y b) por otro lado, éste se deriva de la esencia misma del sistema de los derechos fundamentales¹²⁹⁶. Al fin, aunque haya un reconocimiento constitucional al principio de proporcionalidad desarrollado en algunos preceptos de la Constitución, no quiere decir que el principio de proporcionalidad sea un derecho fundamental¹²⁹⁷. Por su parte, el TC “aplica su canon de proporcionalidad siempre vinculado a la lesión de un derecho fundamental¹²⁹⁸”.

¹²⁹³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; **VVAA.**; *Curso de Derecho penal. Parte General*, ediciones experiencia, Barcelona, 2004, p. 70.

¹²⁹⁴ *Ibidem*.

¹²⁹⁵ STC núm. 66/1995 de 8 de mayo, FJ. 5.

¹²⁹⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad” en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.); *Tutela procesal frente a los hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes en nuestro entorno cultural*, Col·lecció <Estudis jurídics>, núm. 13, Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, DL 2007. p. 447 y 449.

¹²⁹⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colecció <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 450 afirma que no existe un derecho fundamental a la debida proporcionalidad.

Parte de la doctrina estima que en este caso el “Derecho penal ha tocado techo a la hora de brindar protección eficaz a las víctimas de malos tratos. Indiscutiblemente a través de él se han logrado mejoras, pero ya no puede ir más allá sin contradecir principios básicos reconocidos constitucionalmente¹²⁹⁹”. Nos preguntamos si acaso es éste uno de los principios que se ve mermado en la reforma. En realidad, desde nuestro punto de vista, y como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, los abusos más evidentes en materia de proporcionalidad comienzan a raíz de la reforma de LO 11/2003, que introduce un nuevo contenido en el art. 153 CP, que tipificaba como delito la que venía siendo la falta de maltrato ocasional en el ámbito doméstico, que pasaban de esta manera a castigarse con pena de prisión.

Para CORTÉS BECHIARELLI, especial censura merece elevar a delito los meros malos tratos de obra o las amenazas leves que ya hiciera la LO 11/2003 y menos cuando descaradamente lo plasma de manera utilitarista en la propia Exposición de motivos de la ley¹³⁰⁰. Lo que no compartimos es que se afirme que la conversión de faltas en delitos y la nueva redacción al art. 153 CP constituyó una violación palmaria al principio de proporcionalidad al suponer “un extraordinario incremento de la responsabilidad del varón sobre bases meramente subjetivas¹³⁰¹”. A esa conclusión llega GONZÁLEZ RUS cuando compara la pena predisuelta con la que resultaría de la aplicación de la agravante en el art. 22.4 CP referida a la comisión delictiva por motivos de discriminación de sexo, (que es la circunstancia supuestamente legitimadora de la

¹²⁹⁸ Ídem, p. 456.

¹²⁹⁹ MAYORDOMO RODRÍGUEZ, V.; *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho Comparado*, Dilex, Madrid, 2005, p. 146. De igual opinión HUERTA TOCILDO, S.; “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 543 para quien “el Derecho penal hace tiempo que ha tocado techo a la hora de brindar protección eficaz a las víctimas de los malos tratos. Ya no puede ir más allá sin contradecir esos principios básicos, que no lo olvidemos, gozan de reconocimiento constitucional”.

¹³⁰⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación”; en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 251.

¹³⁰¹ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 499.

desigualdad de trato legalmente dispuesta), y que conjugada con lo predispuesto por la regla de determinación de la pena del art. 66 CP (en este caso sería el art. 66.3 que estima que en caso de concurrir una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito); en definitiva para este autor, legalmente, “la proporcionalidad por razón de discriminación de sexo viene medida y limitada a los efectos agravatorios señalados para las agravantes, por lo que un incremento de la responsabilidad tan desorbitado como supone convertir una falta en delito, puede considerarse que va más allá de lo que autoriza la proporcionalidad legalmente sancionada por el Código Penal¹³⁰²”. Este autor no se basa tanto en la distinción por los sujetos que introdujo la reforma de 2004, sino en la entidad real de comportamientos, es decir, igual falta de proporcionalidad hay en los supuestos previstos en los 153.1, 171.4 y 172.2 en los que la mujer es sujeto pasivo, que en los supuestos en que sea la mujer el sujeto activo, 153.2 y 171.5 CP¹³⁰³. Compartimos el resultado de esta afirmación pero no el razonamiento por el que se ha llegado a ella, en realidad coincidimos en que lo importante no son unos meros golpes que por su entidad no deberían acarrear pena de prisión, sino que lo importante es ahondar en las situaciones realmente graves que supongan un verdadero riesgo.

En realidad el TC ya se ha pronunciado sobre la proporcionalidad de las reformas de 2003 en lo tocante al art. 153 declarando la plena conformidad al control de constitucionalidad, descartando por tanto admitir el planteamiento de inconstitucionalidad en base a tres pilares; que no indica (el proponente de la cuestión de inconstitucionalidad) nada respecto de otra medida existente de menor intensidad y similar funcionalidad; que la pena de prisión no es la única posible para el castigo de este delito porque también se propone como alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y; que las conductas que se sancionan en el precepto no constituyen un derecho fundamental¹³⁰⁴. También ya ha habido pronunciamiento sobre la

¹³⁰² *Ibidem*.

¹³⁰³ *Ibidem*.

¹³⁰⁴ Auto del TC núm 233/2004, de 7 de junio, FJ. 6. De igual manera lo ha corroborado el propio TC respecto de la reforma de 2004. La STC 59/2008 de 14 de mayo en su FJ. 10 declara igualmente proporcionada la diferencia de pena de los apartados 1 y 2 del 153 que se reduce a tres meses de privación de libertad, que además disponen de alternativas a las penas de prisión (penas de trabajos en beneficio de la comunidad) y el 153.4 incorpora la adaptación del juez al caso concreto.

constitucionalidad de las agravantes de género, concretamente respecto de la diferencia de pena que se establecía en el art. 153.1 respecto de las penas establecidas en el apartado 2 de ese mismo artículo, desestimando que de la diferencia de pena se produjera una quiebra de tal principio en base a tres argumentos: “desde el punto de vista punitivo la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a la de tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena, debiendo subrayarse, con la Fiscalía, en primer lugar que esa pena diferenciada de su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, igual en ambos tipos, y en segundo lugar, que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del ar. 153.1 CP pueda rebajarse en un grado, si bien es cierto que esta misma previsión es aplicable también al art. 153.2 CP, lo que permite en este caso imponer una pena inferior a la misma alcanzable a partir del art. 153.1 CP¹³⁰⁵”.

Rescatamos ahora las alegaciones del TC respecto de las coacciones leves elevadas a delito, destacando la fundamentación de los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 7393-2006, 8198-2006, 6138-2007 y 6878-2008 planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto del art. 172.2 CP sustentaron la desproporción de la pena privativa de libertad a las coacciones leves del hombre hacia la mujer en tres argumentos; “el primero se refiere al juicio de necesidad y sostiene que sería suficiente desde un punto de vista preventivo la punición como falta de todas las coacciones leves. Y los otros dos argumentos se refieren al análisis de proporcionalidad estricta. El primero repara en la diversidad y en la diversa gravedad de las coacciones, de modo que la pena que asigna el párrafo primero del art. 172.2 CP para todas las coacciones leves allí descritas depararía un exceso para las menos reprochables, que se acercan a lo socialmente aceptable. El segundo argumento de desproporción estricta toma como referencia comparativa la pena significativamente inferior que merecen las coacciones leves entre los sujetos vinculados por otras relaciones familiares y de guardia y custodia descritos en el art. 173.2 CP¹³⁰⁶”.

¹³⁰⁵ STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ: 10

¹³⁰⁶ STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ. núm. 8.

En cualquier caso una cuestión es que estas medidas sometidas a crítica sean conforme a la Constitución, y otra que valoremos como correcta la validez del Derecho penal con determinada intensidad. La Constitución es un marco en el que caben diferentes Derechos penales consecuencia de las distintas opciones políticas. Efectivamente la elección de faltas castigadas con pena privativa de libertad parece que invade un territorio no debido, pues las faltas son las faltas. Además si se elevan esas conductas y no otras relacionadas se pierde la proporcionalidad propia de la arquitectura penal con las subsiguientes consecuencias en materia de motivación.

En realidad consideramos que donde sí puede observarse falta de proporcionalidad es en el art. 57.2 CP, en el que no se permite al juez atender de manera efectiva a las necesidades del caso concreto (labor de individualización en la aplicación y ejecución de la sentencia presidida por la Prevención especial) desde el momento (2004), que se le obliga por tal precepto a imponer alejamiento para los casos relacionados con las lesiones (art. 153), la libertad (art. 171 y 172), y la integridad moral (173.2), motivo por el que parte de la doctrina aboga por la derogación del art. 57.2 CP¹³⁰⁷. Y también, donde más cuestionable resulta este principio es en la regulación de las alternativas que se ofrecen a la pena privativa de libertad en estos delitos. Se cuestiona la proporcionalidad que se desprende de una medida, en principio positiva, pero que necesita ser modulada en el caso concreto, pues por ejemplo, “la obligatoriedad del tratamiento como condición para suspender la pena de cualquier delito relacionado con la violencia de género, prescindiendo de su gravedad y de las características del autor concreto, no sólo resulta discutible desde el punto de vista del principio de proporcionalidad sino que es contradictorio con la misma idea de prevención especial en la que se fundan tales medidas¹³⁰⁸”.

¹³⁰⁷ VALEIJE SÁNCHEZ, I.; “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. XXVI, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 349-350.

¹³⁰⁸ LAURENZO COPELLO, P.; “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006, p. 365

2. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Desde el año 1983 rige en España el principio de culpabilidad y actualmente se recoge en el art. 5 CP: *no hay pena sin dolo o imprudencia*. Se constituye como uno de los pilares básicos sobre los que se asienta nuestro ordenamiento penal. Así ha sido puesto de manifiesto en diversas ocasiones por nuestro TC mediante sentencias como la de STC 246/1991 de 19 de diciembre (FJ.2) que establece que el principio de culpabilidad “como principio estructural básico del Derecho penal” y, señala que “resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa. Incluso este Tribunal ha calificado de <correcto> el principio de la responsabilidad personal por hechos propios –principio de la personalidad de la pena o sanción [STC 219/1988 (RTC 1988/219)]”.

Por tanto, en la regulación actual de los delitos de género “no sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de <reparación o compensación> colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como <representante o heredero del grupo opresor>, lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige en Derecho Penal¹³⁰⁹”. Sin embargo estas opiniones que pretenden ver una quiebra del principio de culpabilidad en los delitos de género no toman en cuenta el estudio que en el capítulo I de este trabajo se ha hecho, ni tampoco que las agravantes de género no parten del sujeto activo, sino que los tipos vienen definidos en virtud del sujeto pasivo; las mujeres. Hemos partido en este trabajo de la construcción del Patriarcado y de la diferencia implícita que acontece en este tipo de violencia¹³¹⁰.

¹³⁰⁹ Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el art. 153.1 CP, en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género por vulnerar los artículos 10, 14, 24.2 de la CE: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo, resuelto mediante STC núm. 59/2008 de 14 de mayo. En los mismos términos se pronuncia el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Penal de Murcia en relación con el art. 153.1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género por vulnerar los arts. 10, 14, 24.2 de la CE, resulta por STC núm. 98/2008 de 24 de julio.

¹³¹⁰ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la ley integral”... op. cit. p. 17, las nuevas agravantes no se circunscriben en función de las características del autor del delito sino a partir de una serie de circunstancias asociadas de modo exclusivo al sujeto pasivo”.

Se achaca por los detractores de la ley, que los tipos de las agravantes de género cercioran *lege data*, y sin admitir prueba en contrario, que cuando un hombre golpea sin lesión, amenaza o coacciona levemente a una mujer lo hace prevaliéndose de una situación de superioridad, según se desmantela de los establecido en el propio art. 1.1 de la LO 1/2004, ya que es una *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*. Si admitimos la falta de concurrencia del principio de culpabilidad nos llevaría a la entrada en escena de las presunciones y los temidos juicios de peligrosidad, arribando al Derecho penal de autor en vez de al Derecho penal del hecho, siendo este último uno de los pilares sobre los que se sostiene cualquier régimen penal de una sociedad democrática. Precisamente, cuando iniciábamos el capítulo IV de este trabajo hacíamos mención a la posible presunción que se podía derivar de la lectura de los sujetos necesarios en la tipificación de los delitos de género y en la estimación de esa *discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, que se establece en el art. 1.1 de la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. Para no confundir aquí el principio de culpabilidad con la categoría de la teoría del delito “culpabilidad”, dejaremos el análisis de esta última para un estudio posterior en el que la mencionaremos con ocasión de la alusión al Derecho penal de autor.

Pero ha sido resaltado por la doctrina que los delitos con las agravantes específicas de género suponen una desatención a este principio y hay quien establece que “considerar que un mismo hecho es más grave por la circunstancia de que el autor sea varón y la víctima mujer, supone, según estos planteamientos, un ataque frontal al principio de culpabilidad. En particular da la sensación de que las penas se determinan en función de la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos, lo que supone instaurar un Derecho penal de autor¹³¹¹”, cuestión muy relacionada con la culpabilidad por la personalidad y no con la culpabilidad por el hecho. Es algo a lo que haremos especial hincapié en un apartado posterior cuando tratemos los rasgos del Derecho penal del enemigo, pero que desde este momento descartamos que tenga cabida en esta regulación.

¹³¹¹ ALASTUEY DOBÓN, M. C.; “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 62.

También por STC núm. 59/2008, el TC se pronunció respecto de la afección por parte de esta ley al principio de culpabilidad. Dos son los aspectos que se han criticado de la Ley: la primera cuestión (a) es la relativa a la existencia de una presunción legislativa. En realidad, argumenta el Tribunal, “lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita”. Y la segunda de las cuestiones (b) hace referencia a la pregunta de si “se está atribuyendo al varón una responsabilidad colectiva, como representante o heredero de un grupo opresor”, no lo estima así el TC porque en el caso del 153.1 CP que “el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el propio desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo y sólo él, coadyuva con su violenta acción¹³¹²”.

También, inclusive en la violencia cuasi-familiar hay quienes advierten de tal peligro, concretamente a la hora de analizar el art. 173.3 *in fine*, resulta llamativa la expresión que dispone que *se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados...con independencia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores* “cláusula absolutamente inapropiada y separada de los fundamentos más elementales del principio de culpabilidad¹³¹³”.

Al igual que ocurriera con el principio de proporcionalidad, la extensión que se ha hecho en la ley de género de las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación, también atenta contra el principio de culpabilidad; así siguiendo a

¹³¹² STC 59/2008 de 14 de mayo, F. J. núm. 11

¹³¹³ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación”. en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 271.

FARALDO CABANA, este principio ha sido “sustituido por la pretensión de identificar, clasificar y gestionar grupos de delincuentes según su peligrosidad, buscando la mayor eficiencia en la vigilancia, el confinamiento y el control¹³¹⁴”, es por ello que esta obligación resulta realmente problemática dentro de las bases del Derecho penal democrático. Sin embargo, si esto es algo que podemos predicar respecto de las conductas elegidas, no tanto de las personas y el contexto en el que actúan como veremos. Sin embargo, pese a que aceptamos el afán incriminatorio de las últimas reformas, no creemos que se haya descuidado este principio, pues como hemos señalado a lo largo de todo el trabajo, más que el sujeto activo es el pasivo el protagonista. Una excepción sí es la imposición obligatoria de alejamiento para todos los casos sin distinguir las características concretas que puedan presentarse en cada uno en concreto.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En el título I de la Constitución española “*De los Derechos y deberes fundamentales*”, en su Capítulo II, “Derechos y libertades”, se encuentra el art. 14 CE que recoge el principio de igualdad, y en que literalmente se afirma que *los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*. Por tanto el principio de igualdad del art. 14 abarca la igualdad en sentido estricto pero también está reconocida en nuestro derecho la prohibición de discriminación, pues “si desde el principio se reconoce que la marginación y desvaloración social en la que viven ciertos colectivos origina un peligro real de ver desconocidos sus derechos básicos es lógico que el ordenamiento punitivo tome en cuenta ese riesgo adicional y conceda a aquellas personas una protección especialmente intensa¹³¹⁵”, eso sí, con cuidado igualmente de no caer en un paternalismo excesivo¹³¹⁶.

¹³¹⁴ FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 192.

¹³¹⁵ LAURENZO COPELLO, P.; “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, p. 20.

¹³¹⁶ LAURENZO COPELLO, P.; “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, p. 22.

Por tanto, y siguiendo el estudio de BERRÉRE podemos partir de la definición aristotélica de igualdad o *tertium comparatione*, que es la que consiste en tratar igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales. Estaríamos entonces haciendo referencia tan sólo a un aspecto formal¹³¹⁷, que debemos completar con el concepto de discriminación, que “se concibe como la ruptura de la regla de igualdad de trato: se comete una discriminación cuando se trata de manera desigual a los iguales o de manera igual a los desiguales¹³¹⁸”. El cambio de paradigma en el tratamiento de la violencia de género se establece en la Tercera Conferencia Mundial de la mujer, que tuvo lugar en Nairobi en 1985, en la que se afirma que “es la violencia misma la forma de discriminación; la discriminación deja de ser una cuestión de trato y se convierte en una cuestión de status¹³¹⁹”. De esta manera continua la autora, “el concepto de discriminación entra de este modo en el esquema interpretativo del Patriarcado en el que la violencia contra las mujeres resultaría la expresión más evidente de unas relaciones estructurales de poder que no son afrontables con los únicos esquemas de los derechos individuales¹³²⁰”. Por eso ocurre en el ámbito de las mujeres lo que ocurría en el Estado Liberal puro, en el que el mero reconocimiento de derechos no se traducían en la realidad en el cumplimiento de los mismos, es decir, la clásica distinción entre el Liberalismo gendarme y el Estado intervencionista, que hace que la Administración funcione eliminando esas estructuras de poder que impiden el disfrute de esos derechos en igualdad material. Así BODELÓN hace referencia al concepto clásico liberal de igualdad formal, alegando que “el pensamiento jurídico tradicional en España está todavía anclado en una noción de la igualdad que no entiende como discriminación las formas más modernas de discriminación.... Sólo recientemente la nueva ley de igualdad 3/2007, ha venido a consagrar en el derecho español el concepto de discriminación

¹³¹⁷ BERRÉRE, M. A.; “Género, violencia y discriminación contra las mujeres”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 31.

¹³¹⁸ *Ibidem*.

¹³¹⁹ *Ídem*, p. 33.

¹³²⁰ *Ídem*, p. 34

indirecta o la legalidad y legitimidad de las acciones positivas como forma de desarrollo de la igualdad sustantiva¹³²¹”.

El principio de igualdad por tanto hoy debe manifestarse en sus dos vertientes; la igualdad formal que sería la igualdad en la ley y ante la ley y, la igualdad material, y este último aspecto se concreta en la igualdad como equiparación y en la igualdad como diferenciación y a su vez esta última, consistiría en un trato desigual justificado cuya justificación la proporciona en este caso el concepto de subordinación y de relaciones patriarcales, y la medida a adoptar son leyes sexo-específicas¹³²². Además “lo característico de esta subordinación es que es sistémica y no individual, dado que responde a una relación de dominación social y política¹³²³”. Estos asuntos nos hacen desembocar en el derecho antidiscriminatorio, del que en los últimos años han sido las feministas parte importante de su desarrollo en su empeño de lucha contra la subordinación. Por tanto “si el problema de las mujeres no es tanto de discriminación como de subordinación, entonces, el problema de las mujeres es un problema de poder¹³²⁴”, siendo que efectivamente comprobamos que “el Derecho es masculino y ve a la mujer de la misma manera que los hombres ven a las mujeres: como subordinadas¹³²⁵”. Es por todo ello que la ley resulta interesante, aunque solo sea porque “propone una manera nueva de gestionar jurídicamente las diferencias y la igualdad hombre/mujer, al situarla en un paradigma relacional y de subordinación¹³²⁶”.

Ante estas cuestiones un sector doctrinal encuentra que el único fundamento de la mayor pena en una cuestión de sexo, “el hecho de ser hombre o mujer, el simple dato biológico de ser varón o mujer, determina sin más, una sustancial agravación de la

¹³²¹ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 295.

¹³²² AÑÓN ROIG, M. J.; MESTRE i MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho” en *La nueva ley contra la Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid 2005 p. 48.

¹³²³ Ídem, p. 51.

¹³²⁴ Ídem, p. 58.

¹³²⁵ Ídem, p. 59.

¹³²⁶ Ídem, p. 62.

responsabilidad criminal, lo que resulta claramente contrario al art. 14 CE y al principio de igualdad sancionado en el mismo¹³²⁷”. Cuestión que no compartimos porque ignora la subordinación que late bajo esa regulación, quedándose en lo superficial, precisamente en este trabajo hemos querido dejar plasmada la diferencia entre los conceptos de sexo y de género.

Otra de las soluciones que se propone es que “en el Derecho penal de género no consistiría tanto de tratar lo desigual de forma desigual cuanto de tratar lo igual como igual, es decir, de proteger positivamente la igualdad erigida en genuino bien jurídico¹³²⁸”. Sin embargo, este argumento es rebatido por otra parte de la doctrina porque en realidad “no existe un interés diferenciado que legitime las principales medidas jurídico-penales adoptadas por la Ley Integral, por cuanto la eliminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres no puede erigirse en bien jurídico-penal¹³²⁹”.

Si algo está claro es que hay que partir, como argumenta LARRAURI de “un planteamiento de igualdad, pero no una igualdad en la que yo tenga que igualarme, sino una igualdad en que se cambie todo aquello que sea necesario para incorporar mi perspectiva y mi problemática específica¹³³⁰”. Es por eso que “la Sociología jurídico-penal hace tiempo que investiga el fracaso del sistema penal como forma jurídica para construir el acceso a la igual protección de los derechos. Para cualquier rama del derecho moderno garantizar la igual protección de todos los bienes jurídicos y

¹³²⁷ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 498.

¹³²⁸ ALONSO ÁLAMO, M.; “Protección Penal de la igualdad y Derecho Penal de género” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, 2008, p. 31.

¹³²⁹ BOLEA BARDÓN, C.; “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género” en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 9, 2007, p. 24.

¹³³⁰ LARRAURI PIJOÁN, E.; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2004, VIII Legislatura, Núm. 67, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excm. Sra. D^a. Carmen Marón Beltrán, Sesión núm. 7 (extraordinaria), celebrada el jueves, 22 de julio de 2004, Núm. de expediente 219/000020), p. 50.

garantizar el derecho a la no discriminación, entendido éste como ausencia de subordinación social, parece uno de los retos del derecho del s. XXI¹³³¹”.

Por ello lo que más se ha criticado es que el acceso a la igualdad de las mujeres se haya intentado a través de las acciones positivas y de la discriminación positiva, es por eso que debemos analizarlo, aunque adelantamos que a nuestro juicio no van en esta dirección los caminos que llevaron a tipificar las agravantes específicas de género.

3.1. Derecho penal y acciones positivas

El amplio debate que ha suscitado la ley que venimos analizando se ha centrado sobre todo en si se justifica o no una pena más severa para los hombres que para las mujeres en virtud sobre todo del amparo constitucional de la acción positiva¹³³². Desde la esfera europea, concretamente en el Tratado de Amsterdam de 1999 se establece como principio rector la igualdad, y concretamente en su art. 141.4 incorpora las acciones positivas en materia laboral, estableciendo que *con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales*. También la CE en su art. 9.2, establece que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*.

Esta lucha por establecer la igualdad real a través del recurso a las acciones positivas es permitida y bien valorada en algunas ramas del ordenamiento jurídico como en la legislación laboral, pero su aterrizaje en el Derecho penal no es tan claro, aunque pasamos a analizarlo ya que han sido muchos los que se han hecho eco de las mismas.

¹³³¹ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 287

¹³³² LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y Violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 112

3.1.1. Diferencias entre discriminación positiva y acción positiva

La mayor polémica generada por la Ley de género es la relativa a la naturaleza jurídica de esa distinción de trato y su justificación en el Derecho penal. En general, el derecho discriminatorio distingue entre acciones positivas y medidas de discriminación positiva. En la ley de violencia de género, con poco acierto, según RIADURA MARTÍNEZ se ha hablado de discriminación positiva cuando en realidad la ley lo que alberga son acciones positivas, “la ley aborda una situación de hecho concreta que se diferencia claramente de otras situaciones, por lo que no estamos ante situaciones iguales que reciben un trato diferenciado¹³³³”. Esta autora define las acciones positivas como “medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres, y que tratan de favorecer a las mujeres, sin que, simultáneamente, perjudiquen a los hombres que están en situación similar¹³³⁴”, que en la ley son aquellas que se refieren a las medidas laborales y sociales en general. La discriminación positiva por su parte es una modalidad de acción positiva, pero con características propias, y a ello responde el sistema de cuotas y los tratos preferentes¹³³⁵, y se producen sobre todo en situaciones de bienes escasos. En realidad, parte de la doctrina opina que los aspectos penales de la ley no pueden ser considerados ni como medidas de discriminación positiva ni como acciones positivas, entre otras razones porque las acciones positivas no suponen un perjuicio para los hombres y en este caso, las medidas penales de la ley de violencia de género si lo supondría¹³³⁶, “por tanto debemos enjuiciarlas desde el ángulo de la diferenciación objetiva, razonable y

¹³³³ RIADURA MARTÍNEZ, M. J.; “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid 2005, p. 97.

¹³³⁴ Ídem., p. 101.

¹³³⁵ Ídem, p. 100. Otra de las medidas de acción positiva es la creación de Juzgados especializados, así MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 324 en donde afirma que respecto de los Juzgados especiales sobre violencia contra la mujer “aparece aquí el concepto de acción positiva como concepto necesario para entender la reforma operada”.

¹³³⁶ RIADURA MARTÍNEZ, M. J.; “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la Violencia de Género (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Madrid 2005 p. 105-106.

proporcional. Y, en este sentido, consideramos que no cumplen estrictamente ni con el test de igualdad, ni con la adecuada concepción del Derecho penal¹³³⁷”.

Otra parte de la doctrina establece la conexión entre las medidas penales interpuestas en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género con una “pretendida discriminación positiva” que intenta llevar a cabo la ley tanto en el ámbito penal como en el procesal, y ello no cabe porque “el hombre y la mujer en dicho ámbito se encuentran en una situación de absoluta igualdad, y aquélla sólo tiene razón de ser cuando se parte de un desequilibrio de fuerzas que se quiere salvar con medidas establecidas a favor de la parte más débil¹³³⁸”, y acaba por convertirse en una discriminación negativa para el hombre y por consiguiente en un peligroso Derecho penal de autor¹³³⁹. No podemos compartir esta opinión cuando adelanta que el hombre y la mujer se encuentran en una situación de completa igualdad, si así fuera entonces el análisis de todo el capítulo primero de este trabajo no tendría sentido. De la misma manera que el autor anterior también GONZÁLEZ RUS no sólo se refiere a la ley como una discriminación positiva para las mujeres, sino que además provoca una discriminación negativa para el hombre¹³⁴⁰.

No compartimos este análisis de las acciones y de la discriminación positiva, por lo que debemos buscar la justificación en otros factores relacionados con las relaciones de pareja entre hombres y mujeres en el contexto patriarcal.

3.1.2. Debate en el Congreso

Uno de los principales defensores de la ley en el momento de su debate parlamentario fue PECES BARBA quien prefiere “hablar de igualdad como

¹³³⁷ Ídem., p. 107.

¹³³⁸ CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 269.

¹³³⁹ Ídem., p. 269-270.

¹³⁴⁰ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 498.

diferenciación para identificar estas situaciones, donde el trato desigual pretende equiparar e igualar a los que, siendo en el punto de partida formalmente iguales, son realmente desiguales¹³⁴¹”. Se apoya sobre todo en el art. 9.2 CE para afirmar por consiguiente que la ley no es que no sólo no sea inconstitucional, sino que además tiene un apoyo explícito en el mencionado artículo, porque no se trata ya de los derechos del “hombre o ciudadano, son los derechos de las personas situadas y concretas, que por diversas razones no se encuentran realmente en una situación de status o condición equiparable, sino que sufren una desigualdad real que no resuelve con la igualdad como equiparación¹³⁴²”, por tanto las medidas que en la ley se pretenden y que, son formalmente desiguales, tienen la finalidad para este autor de la igualdad real. En la propia comparecencia en el Congreso de los Diputados con ocasión de la discusión parlamentaria de la LO 1/2004, este autor defiende una tercera función del derecho, junto con la garantizadora y la represora tradicionales, una función promocional que consiste en “que los poderes públicos no son unos simples espectadores del funcionamiento del sistema jurídico, sino que en los casos en los que hay no desigualdad formal, porque ésta está ya corregida, sino desigualdad material, los poderes públicos pueden intervenir¹³⁴³”. Por eso PECES BARBA no habla de discriminación positiva sino del intento de superar la desigualdad material a través de la <igualdad como diferenciación>, que vendría a cuajarse dentro de los planteamientos del socialismo reformista¹³⁴⁴, lo cual nos recuerda un poco a aquellos planteamientos del Feminismo Crítico.

Añadir que otro de sus defensores fue ARROYO ZAPATERO quien defiende que no nos encontramos ante un caso de discriminación, ni positiva ni negativa, sino

¹³⁴¹ El País, 23 de junio de 2004 “El debate sobre la violencia de género. Las críticas a la propuesta del Gobierno contra el maltrato reflejan, dice el autor, ignorancia sobre la cultura de los derechos humanos”.

¹³⁴² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “El debate sobre la violencia de género. Las críticas a la propuesta del Gobierno contra el maltrato reflejan, dice el autor, ignorancia sobre los derechos humanos”, en *El País* a 23 de junio de 2004.

¹³⁴³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Comparecencia en el Congreso de los Diputados, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión núm. 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004. p. 3.

¹³⁴⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Comparecencia en el Congreso de los Diputados, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión núm. 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004. p. 3.

que se trata de distinguir unas realidades de otras, no a hombres de mujeres, sino unos tipos de violencias que son las que ejercen los hombres en contra de sus mujeres “estamos ante el propósito de tipificar de modo autónomo un tipo de comportamiento que solo se da en toda su extensión por parte del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre¹³⁴⁵”. Éste creemos es el verdadero motor de la distinción y añade algo a lo expuesto por PECES BARBA y es que, “lo que dice el artículo 9.2 es que todos los españoles, y particularmente los que gobiernan, tienen que ser progresistas (Risas.); eso es lo que dice, sean - de derechas o de izquierdas; que hay que remover los obstáculos, y de ahí surgen muchas cosas: discriminaciones positivas, negativas. ¿Sabe lo que sale de ahí? Mi intervención inicial me ha costado, porque es distinto comparecer ante la Cámara que comparecer ante los ciudadanos o comparecer ante los colegas. El artículo 9.2 quiere decir que al ser humano hay que considerarle en sus posiciones concretas, que no nos basta la idea liberal del hombre y la sociedad de seres libres e iguales; que eso era falso. Lo que nos dice el artículo 9.2 es que son desiguales y que hay que hacerles iguales, y eso en el Código Penal quiere decir que las penas tienen que ser resocializadoras, que no nos podemos desinteresar del destino de quienes han cometido los delitos y en la parte especial quiere decir que tenemos que meter en el código penal a los seres humanos en sus posiciones concretas¹³⁴⁶”.

Más allá del ajuste de esta medida al art. 9.2 CE, lo que da sentido a una tipificación autónoma de la violencia de género no tiene tanto que ver con la discriminación positiva o las acciones positivas, sino más bien con las características propias de este fenómeno delictivo como veremos, es decir, por algo que ya ha sido apuntado a lo largo del capítulo IV de este trabajo, que es la gestión del riesgo de la mujer que padece violencia en su relación de pareja. Y sobre todo, con el mayor desvalor de acción que puede encontrarse en estas conductas.

¹³⁴⁵ ARROYO ZAPATERO, L.; en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, de los días 9 de julio, 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a las Sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión, en concreto p. 17 de la Sesión 9. Consultar en www.congreso.es.

¹³⁴⁶ Ídem., p. 28.

3.1.3. Consejo General del Poder Judicial.

El principal crítico de la LO 1/2004 desde su elaboración y final aprobación resultó el CGPJ, centrado en el análisis de la discriminación positiva en el Derecho penal, y concluyendo que ésta no tiene cabida en base a que las mujeres a día de hoy no parten de una desventaja inicial en la regulación¹³⁴⁷. Argumenta el mayor órgano representativo de los jueces que hay distinciones entre las acciones positivas y las medidas de discriminación positiva que deben tenerse en cuenta, así, *a)* las acciones positivas: “son ventajas concedidas a las mujeres que no deben implicar perjuicios paralelos para los hombres, ni constituyen excepción de igualdad¹³⁴⁸”, y *b)* la medida de discriminación positiva “si excepcionaría la igualdad de trato y por tanto podría ser ilegítima si tiene como contrapartida ineludible el perjuicio ante quienes pertenecen a otro grupo, en este caso, los hombres¹³⁴⁹”.

La acción positiva tiene su límite en el reestablecimiento del equilibrio, pero no puede reconducir a un desequilibrio inverso por exceso, de lo que se deduce que “las medidas de acción positiva resultan improcedentes cuando en el ámbito en el que se trate no exista una desigual situación de partida, ni además hay escasez en los bienes a los que accede la mujer¹³⁵⁰. El mismo CGPJ vería necesaria tal distinción de trato entre hombres y mujeres “sólo en el caso de que las nuevas medidas de protección que ofrece la nueva ley fuesen bienes escasos que no pudiesen alcanzar a todos, es cuando se justificaría una restricción del ámbito subjetivo de la ley¹³⁵¹”.

Sin embargo a este informe se le formula un voto particular en el que no se comparte esa discriminación, ya que “no es gratuito sino fácilmente comprensible el que el prelegislador haya optado por una ley integral de medidas contra la violencia sobre la

¹³⁴⁷ Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004. Ver el estudio que el CGPJ hace de la p. 18-27. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>.

¹³⁴⁸ ibídem, p. 19-20.

¹³⁴⁹ ibídem, p. 20.

¹³⁵⁰ ibídem, p. 23

¹³⁵¹ ibídem p. 17 (informe CGPJ).

mujer, lo que no implica, en modo alguno, que queden desprotegidos los demás sujetos pasivos que de alguna forma sufren violencia doméstica, ya que éstos, ..., obtienen adecuada protección a través de los preceptos del Código Penal existentes, como son los artículos 153 y 173.2¹³⁵²”.

Recalca a favor de la ley, en cuanto que uno de los objetivos es la igualdad ya no sólo formal sino material que merece cualquier política destinada a conseguir poner en funcionamiento el art. 14 de la CE, así COMAS D'ARGEMIR opina que “para conseguir la igualdad real entre hombres y mujeres en nuestra sociedad, es necesario impulsar políticas que incluyan medidas legislativas de acción positiva a favor de las mujeres, por ser éste un colectivo históricamente discriminado, como consecuencia de un modelo de sociedad que ha fomentado que la mujer esté en una situación de inferioridad¹³⁵³” y, ello en base al art. 9.2 CE.

3.1.4. Doctrina

Hay quienes al igual que PECES BARBA sustentan la justificación de las medidas recogidas en la ley en la existencia de las acciones positivas, así, GIL RUIZ pide medidas de acción positiva para combatir el Patriarcado¹³⁵⁴, siendo que “el paradigma feminista entiende que el Estado debe intervenir para romper todo atisbo de desigualdad estructural, potenciando no sólo políticas de distribución de riqueza _apuesta del modelo social_, sino de reconocimiento, y evitar, de este modo, la inmutabilidad de los patrones comportamentales de hombres y mujeres¹³⁵⁵”. Siendo que el Derecho antidiscriminatorio tiene una vertiente negativa y otra positiva. En ésta última se circunscriben las acciones positivas que “constituyen auténticas concreciones

¹³⁵² VOTO PARTICULAR al informe del CGPJ que formulan el Excmo. Sr. Vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, D. Fernando Salinas Molina y los Excmos. Sres. Vocales D. Luis Aguiar de Luque, D. Juan Carlos Campo Moreno, D^a. Montserrat Comas D'Argemir i Cendra, D^a M^a Ángeles García García, D. Javier Martínez Lázaro y D. Félix Pantoja García al acuerdo de la Comisión de Estudios e Informes de fecha 21 de junio de 2004. D^{ña}. Montserrat Comas D' Argemir i Cendra y D. Félix Pantoja García formulan además votos concurrentes aparte sobre algún aspecto particular, p. 12.

¹³⁵³ COMAS d'ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 40.

¹³⁵⁴ GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la ley de Igualdad (LO. 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 36

¹³⁵⁵ GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la ley de Igualdad (LO. 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 50-51.

del principio constitucional del principio de no discriminación observado desde su vertiente dinámica¹³⁵⁶”. Esta discusión en base a si estamos ante medidas de discriminación positiva o ante acciones positivas la vemos con buenos ojos en todas aquellas medidas que se refieren al ámbito extrapenal, pero no al penal.

Otros autores se basan en la discriminación positiva, así DE LA CUETSA ARZAMENDI entiende que las críticas a la ley se concretan en torno a este análisis que el denomina de <discriminación positiva> y argumenta que la conversión de faltas en delitos menos graves no puede versar sólo a la relación entre sujeto activo y pasivo, sino que sería más adecuado atender además de a ése, a otros criterios, como es el resultado causado o el riesgo producido, o cuando al producirse agresiones de naturaleza idéntica violenta se mantenga el mismo límite máximo y se eleve el límite mínimo¹³⁵⁷. Igual que para GONZÁLEZ RUS el problema que resulta al establecer una discriminación positiva para la mujer en este ámbito penal es que “acaba convirtiéndose en una discriminación negativa para el varón¹³⁵⁸”, puesto que los tipos penales que protegen a la mujer exigen que el sujeto activo sea varón. Con el subsiguiente problema de la presunción que puede entablarse en relación directa con esta problemática “presunción además acrecentada por el hecho de que socialmente hoy se acepta prácticamente sin discusión la premisa de que en cualquier conflicto de pareja la culpa, la responsabilidad, en definitiva, corresponde primordialmente al hombre¹³⁵⁹”.

En realidad según nuestro modo de entender la problemática, ninguna de estas opciones son las que justifican el distinto trato punitivo, sino que la idea que late de

¹³⁵⁶ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005. p. 14

¹³⁵⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; “Ciudadanía, sistema penal y mujer” en GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M.; en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008. p.207-209.

¹³⁵⁸ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 496.

¹³⁵⁹ *Ibidem*.

fondo es la del riesgo como ya vimos¹³⁶⁰, en base a las características propias de este tipo de violencia de las que ya nos hemos ocupado en las argumentaciones anteriores, por ello no es preciso tratar el tema como de acción ni de discriminación, sino que se trata de hacer una distinción por razón de la gravedad de los hechos¹³⁶¹. Por eso la doctrina feminista establece que la exclusión del varón como sujeto pasivo de las figuras agravadas introducidas por la Ley Integral en nada afecta, pues, al art. 14 de la Constitución¹³⁶², alegando que “no se trata de agravaciones automáticas basadas en el dato meramente objetivo del sexo del autor. El fundamento material reside en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima¹³⁶³”. Es decir no importa tanto el motivo de la agresión sino más bien las relaciones de poder que se establecen entre los miembros de la pareja en base a la violencia estructural que parte de la aceptación del Patriarcado. Es por eso que afirmamos que las agravantes de género no se explican a través de las acciones positivas, más pensadas para ámbitos en los que escasean los recursos sino que está mejor enfocado desde los fines propios del Derecho penal, desde los fines de la pena y sobre todo desde el concepto de riesgo¹³⁶⁴.

3.1.5. Tribunal Constitucional

En la jurisprudencia, el juez de lo Penal núm. 7 de Alcalá de Henares observa respecto del art. 153.1 que “el trato desigual ante la Ley penal, fundado bien en el sexo

¹³⁶⁰ Cap. IV, I, 1.2

¹³⁶¹ ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional de y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en homenaje a la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 734.

¹³⁶² LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005. p. 16

¹³⁶³ Ídem., p. 17 y continua en la p. 18 que “el legislador capta esa especial exposición al riesgo y, para prevenir sus efectos, le concede una protección adicional”.

¹³⁶⁴ Recordemos que al igual que LAURENZO, se basan en el riesgo MAQUEDA ABREU “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la Ley Integral”, en *Revista Penal*, núm. 18, Julio 2006, 178 y ss; FARALDO CABANA, P.; “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género” en *Revista Penal*, núm. 17, 2006, p. 90 y ss. Hace especial hincapié en el riesgo también MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho penal. Parte especial. Decimosexta edición revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 188 afirma que “la principal novedad de la LO 1/2004, probablemente la más discutida, ha sido la mención de la mujer como sujeto pasivo específico necesitado de mayor protección penal por encontrarse en una situación de más grande riesgo”. Al igual que LARRAURI, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, febrero, 2009, p. 13

de las personas, bien en la condición social de género, es contrario al valor igualdad y al derecho fundamental a la igualdad de trato, y es así que cuando la ley no reconoce la igualdad intrínseca y el derecho igual e inalienable a la integridad física y moral de todos los miembros de la familia humana, no cabe hablar de valor constitucional de Justicia¹³⁶⁵”.

Según ya se había pronunciado el propio TC sobre la agravante específica del art. 153, “la igualdad sustancial es elemento definidor de la propia ciudadanía y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma del varón hacia la mujer que es o fue su pareja¹³⁶⁶”. De esta manera, en el FJ. 5 de la STC 59/2008 de 14 de mayo el TC examina el art. 14 de la CE, tanto en su apartado 1: principio de igualdad, como en su apartado 2: el principio de prohibición de discriminación. Nos centraremos ahora en el apartado 1 cuyo desarrollo se extiende por los fundamentos jurídicos 7 a 9. Siguiendo su propia doctrina (STC 222/1992 de 11 de diciembre), el TC establece una triple exigencia, estableciendo que las diferenciaciones normativas habrán de mostrar: 1) un fin discernible y legítimo, 2) deberán articularse en términos no inconsistentes con tal finalidad, y 3) no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir derechos y obligaciones a los diferentes grupos o categorías.

El primero de los puntos se aborda en el FJ. 8 y establece que el fin discernible y legítimo es “prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto” que se establece en el propio articulado de la ley, en su art. 1.1, por lo que “es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley¹³⁶⁷”.

Respecto del segundo de los aspectos el TC alega que, no sólo se trata de justificar la legitimidad de su finalidad sino también su adecuación a la misma, es decir “es necesario que la citada norma penal se revele como funcional a tal fin frente a una alternativa no diferenciadora”, estableciendo tres criterios al respecto; 1) que ese mayor

¹³⁶⁵ Auto de planteamiento de inconstitucionalidad del Juzgado de lo Penal núm. 7 de Alcalá de Henares respecto del art. 153.1 CP en la redacción dada por la LO 1/2004, resuelta por el Pleno del TC mediante STC 100/2008 de 24 de julio.

¹³⁶⁶ STC 59/2008 de 14 de mayo, FJ. 8, (que se remite a la STC 12/2008 de enero, FJ.5)

¹³⁶⁷ STC 59/2008 de 14 de mayo, FJ. 8.

desvalor de la conducta necesita ser contrarrestado con una mayor pena y que “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”. 2) que ese desvalor añadido no quiebra porque tal desvalor no haya sido considerado en otros delitos más graves. Y 3) no es el sexo de los sujetos activo y pasivo lo que se toma en consideración sino “el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen¹³⁶⁸”.

Respecto del tercero de los requisitos, la exigencia de no incurrir en desproporciones manifiestas, más relacionado por lo tanto con el principio de proporcionalidad, estableciendo en todo caso la ausencia de desproporción¹³⁶⁹.

Como ya hemos mencionado, no entendemos por qué el propio TC ha enfocado desde el principio de igualdad el análisis, y por eso sí queremos distinguir en este punto dos cuestiones, una es la relativa a la elección de las conductas objeto de agravación del contexto de género, cuya sistemática no entendemos (y eso es algo que ya dejamos puesto de manifiesto en el anterior capítulo), y otra cuestión es la elección de un sujeto pasivo mujer objeto de protección específico y su identificación con el derecho discriminatorio. Respecto de esta última cuestión, más que un análisis desde el principio de igualdad, debemos enfocarlo desde el riesgo que se genera cuando la relación de pareja está dominada por la violencia y captamos esa distinta (y más grave) exposición al riesgo de las mujeres, y por otra parte, si nos empeñamos en enfocar el problema desde el principio de igualdad estaría salvado porque no sólo el sujeto activo puede ser masculino y el pasivo femenino, porque más allá de las relaciones homosexuales entre mujeres, también cabe cualquier otro tipo de relaciones dentro de las *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*. Otra cuestión distinta, es si en definitiva la utilización del Derecho penal es la más eficaz a estos fines, lo cual no creemos que así sea.

¹³⁶⁸ STC 59/2008 de 14 de mayo, FJ. 9.

¹³⁶⁹ STC 59/2008 de 14 de mayo, FJ. 10.

IV. LA POLÍTICA CRIMINAL DE GÉNERO ACTUAL; ¿UNA ALTERNATIVA FAVORABLE A LAS MUJERES?

La Política Criminal de género ha supuesto una novedosa forma de legislar, en el sentido de que las reformas llevadas a cabo en los últimos años que decían pertenecer al ámbito de la protección de las mujeres nació desenfocada al basarse en el ámbito donde esa violencia se llevaba a cabo, más que sobre las propias mujeres¹³⁷⁰. Es en la ley de 2004 cuando se acota el ámbito propio de protección de las mujeres aunque este objetivo (de género) se haya visto desvirtuado igualmente en esta ley con la introducción final de la cláusula *personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*. Es por eso que la ley en realidad “sigue trabajando solo con la idea de violencia familiar, esta vez centrada en la violencia hacia las mujeres y los menores, en el ámbito familiar¹³⁷¹” y en realidad no toma en consideración todas las manifestaciones de la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres fruto del Patriarcado.

Las políticas de género surgieron en la necesidad de dar respuesta a la subordinación manifiesta en las relaciones entre mujeres y hombres. Empoderar de alguna manera a las mujeres fue el objetivo de la segunda remesa del Feminismo, que trató de hacer visibles los derechos de las mujeres¹³⁷². Por tanto, el Feminismo además de su papel crítico no debe perder de vista su “papel creador de derechos”¹³⁷³, pues las reivindicaciones no se pueden quedar en papel mojado y han de plasmarse en derechos efectivos de disfrute de las mujeres, como hizo la primera remesa del feminismo con las Suffragettes y la consecución del derecho al voto. Sin embargo, las reformas llevadas a cabo de la mano

¹³⁷⁰ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 3 afirma que “un delito que se creó al calor de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema contra las mujeres nació desde el principio claramente desenfocado, apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que las auténticas causas que las generan”.

¹³⁷¹ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas entre la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A. (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 279.

¹³⁷² LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T.; “El punto de vista feminista”, en *Estudios multidisciplinares de Género*, Centro de Estudios de la Mujer, Universidad de Salamanca, 2004, p. 219, esta segunda fase del Feminismo se centrará en resaltar las diferencias (el feminismo de la diferencia).

¹³⁷³ Para empoderar a las mujeres es imprescindible hacer valer sus derechos, en este sentido se manifiesta BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 296, quien además critica que “la construcción de los derechos en el ámbito de la violencia de género es escasamente recogido por la LO 1/2004”.

del Feminismo oficial han acabado por sumir en el mismo lugar a las mujeres maltratadas que se ven obligadas a acatar lo que el Estado estime pertinente para ellas sin lugar a decisión. En nuestra opinión, esta política que pretendía dar un giro de 180 grados a la situación de las mujeres, ha acabado por convertirse en uno de 360, no haciendo más que confirmar el *status quo*, pues como analizaremos más adelante, el papel de las mujeres sigue en el mismo lugar de víctima e incapaz y, los agentes sociales y la sociedad en general siguen sin entender las reacciones de las mujeres maltratadas cayendo en los estereotipos nada favorables de mujeres masoquistas, mentirosas, locas, etc. En definitiva podemos afirmar que se ha pasado de necesitar la autorización del padre o marido para abrir una cuenta bancaria a la necesidad de contar con las medidas impuestas por el Estado para alejar obligatoriamente a una mujer de su pareja (art. 57.2 CP), cuando en realidad las mujeres que acuden a un juzgado especial de violencia lo que quieren es que sus maridos dejen de ser violentos con ellas, pero no que le alejen de él.

La dirección de las medidas penales desde el inicio contradijo los resultados que se desprendían de las estadísticas publicadas en el año 84 (por el Ministerio del Interior) que hacían referencia a las denuncias de mujeres a sus maridos dentro del ámbito doméstico, pues el enfoque que se dio desde la reforma de 1989 no fue previsto desde las necesidades de las mujeres, sino desde el ámbito en el que se producían. Pero además, la aplicación formalista del nuevo tipo penal por parte de jueces y tribunales produjo en los primeros años de existencia de ese delito, un efecto contrario al pretendido y por el cual el sistema penal se revelaba contra las propias mujeres, pues el agresor la mayoría de las veces era sancionado con una falta y una escasa multa pero con mucho más resentimiento en el ejercicio de la violencia contra quien le había llevado a los tribunales¹³⁷⁴.

Con esas primeras fallas detectadas en la aplicación de la ley, las políticas llevadas a cabo en dicho ámbito, en vez de incurrir en las causas ha preferido el camino del

¹³⁷⁴ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004, Cuadernos de Derecho judicial, IX, CGPJ, Madrid, 2008, p. 44.

populismo punitivo¹³⁷⁵. Cuando en realidad el problema no eran las leyes sino de práctica judicial¹³⁷⁶. El problema no era la escasa respuesta penal que pudieran tener las agresiones leves, sino “una defectuosa práctica judicial que, al identificar de modo casi automático la primera denuncia con el primer acto de violencia, acabó por calificar como simples faltas muchas situaciones graves de violencia habitual que permanecían ocultas tras un aparente episodio de maltrato¹³⁷⁷” por tanto no vale la teoría que indicaba aquel informe¹³⁷⁸ de endurecer la ley penal en aras a atajar ese primer aviso que daba el agresor de continuar en el ciclo de la violencia, sin embargo la reforma de 2003 hizo lo contrario, volviendo a reformar la ley, y esta vez facilitando la aplicación a los jueces de los malos tratos ocasionales pero desviando la atención del delito eje en materia de violencia que es el 173.2 CP.

En el análisis de la Política criminal de género uno de los problemas que se plantea es el concepto mismo de violencia de género; su despolitización, pues hace sombra al término que siempre se ha utilizado para explicar las relaciones de dominación existentes entre hombres y mujeres. De esto dan cuenta AÑÓN ROIG y MESTRE i MESTRE alegando que dicho término de violencia de género “reconduce y reduce las experiencias femeninas a la violencia¹³⁷⁹” y que esto “podría ser, en realidad un retroceso, pues despolitiza la cuestión de la dominación que se ejerce sobre las mujeres y unifica todo de nuevo bajo un nuevo término que presenta como más neutro, más objetivo, menos ideológico¹³⁸⁰”. Estas autoras establecen las conexiones dominio/violencia con el siguiente ejemplo “aunque la violencia es efecto del dominio, no se combate el dominio sino la violencia. Es como no combatir el racismo sino el *apartheid*. En parte, pues, el Patriarcado ha quedado reducido a violencia y

¹³⁷⁵ Para una información más detallada, consultar LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2008, p. 337.

¹³⁷⁶ Ídem., p. 338.

¹³⁷⁷ Ídem., p. 339.

¹³⁷⁸ Informe sobre la violencia de la comisión de estudios e informes del CGPJ aprobado por el Pleno del 7 de febrero de 2001”, en *Actualidad Penal*, 2001, núm. 16.

¹³⁷⁹ AÑÓN ROIG, M. J.; MESTRE i MESTRE, R.; “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 44.

¹³⁸⁰ *Ibidem*.

desvinculado del significado político de la subordinación de las mujeres¹³⁸¹». Cuestión con la que estamos totalmente de acuerdo. Es decir, no nos extraña tal confusión cuando en realidad estos delitos se han construido al hilo de las páginas de sociedad de los medios, es por eso que sólo ha preocupado la violencia, pero sin interiorizar las causas.

Además como ya hemos mencionado, uno de los desafíos a los que se enfrenta la Política criminal cuando trata de solventar asuntos de contenido social, en este caso el relativo a las mujeres, es “repensarse” el recurso abusivo al poder punitivo¹³⁸². Sin embargo, la aparición de los nuevos gestores de la moral colectiva de los que da cuenta GIMBERNAT no han tenido ni la voz ni el voto esperado en la gestión de una nueva Política criminal que desembarque en los contenidos propensos de verdad a hacer del Derecho penal unos contenidos protectores al colectivo que se pretende proteger, pero “el manejo excluyente por la plebe y los políticos del debate político-criminal, ha conducido a un marcado empobrecimiento de sus contenidos. Frente a la mayor pluralidad de puntos de vista que hubiere cabido esperar de la directa implicación de esos nuevos agentes sociales en la discusión sobre las causas y remedios de la delincuencia, lo que ha sobrevenido es un debate uniforme y sin matices, en el que se descalifica cualquier postura que conlleve una cierta complejidad argumental o distanciamiento hacia la actualidad más inmediata¹³⁸³”. La necesidad de parar las reformas penales en materia de violencia doméstica y de género es una realidad que se está poniendo de manifiesto en estos últimos cinco años que por suerte han pasado sin hacer reformas en la materia. La vorágine de los últimos años no daba un respiro en la implementación y el consiguiente estudio de las consecuencias de la aplicación de las normas. La realidad demuestra que más allá de las leyes penales, las mujeres siguen muriendo¹³⁸⁴.

¹³⁸¹ Ídem, p. 45.

¹³⁸² MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde el discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 376

¹³⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF., Buenos Aires, 2007, p. 82.

¹³⁸⁴ DEL ROSAL BLASCO, B.; “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 349.

Una de las principales fallas de la actual política criminal de género es que insta a las mujeres a denunciar, es decir, a acudir al Derecho penal, pero una vez en manos de éste, no les está permitido zafarse tan fácilmente de las medidas estipuladas a nivel estatal en pro de su protección. Se anima y obliga a las mujeres a denunciar para poder acceder a cualquier tipo de ayudas. En esto, la Política criminal de género, que pretendía distinguir a las mujeres como colectivo castigado históricamente y subyugado al poder patriarcal, ha acabado por criminalizar a las propias mujeres con la irrupción de las últimas reformas penales, que han acabado por confundir violencia de género con meras disputas de la pareja en el ámbito doméstico, que ha hecho que muchas de esas riñas entre parejas acaben en los tribunales y por tanto, devenidas de una Política criminal desenfocada¹³⁸⁵, olvidando en realidad los casos realmente graves de violencia de género, que “son aquellos que sumen a la mujer en un clima sistemático de hostilidad y agresividad¹³⁸⁶”. Una política criminal creada para el corto plazo, con medidas cautelares enfocadas a la peligrosidad del autor apelando a medidas predelictuales no funcionará al largo plazo, las apelaciones a la excepcionalidad de su vigencia “serán una coartada legitimadora mientras no se aborden las causas que generen este tipo de delincuencia, abordaje que debiera permitir mantener dentro de cotas razonables ese tipo de criminalidad¹³⁸⁷”.

En conclusión, coincidimos plenamente con GONZÁLEZ CUSSAC cuando afirma que “la gravedad de la violencia de género no explica la errática, voluble y hasta frívola Política criminal de nuestro país, incapaz de frenar el aparente crecimiento de la violencia de género y a la vez creyente a ciegas en la magia de los simples cambios legislativos como exclusivo mecanismo de solución de los problemas sociales¹³⁸⁸”. Argumento difícilmente rebatible cuando efectivamente sigue incrementando el número

¹³⁸⁵ De la política criminal desenfocada nos habla LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2008, p.357-358.

¹³⁸⁶ Ídem., p. 358

¹³⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, RECPC 07-01 (2005), p. 31.

¹³⁸⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colecció <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 417.

de denuncias y de mujeres asesinadas, se debe a que las sucesivas leyes no cumplen los fines básicos de prevención de conductas.

1. POLÍTICAS DE SEGURIDAD CIUDADANA

En la Sociedad actual en la que los aspectos sociales se producen al hilo de lo que acontece en lo económico, el movimiento de la Globalización ha influido y mucho sobre el ámbito penal. De esa manera, desde hace algunos años atrás, parte de la doctrina penal está considerando la necesidad de incluir en el código conductas relacionadas con los nuevos riesgos que genera la sociedad globalizada en aras a dar una mayor seguridad al conjunto de los ciudadanos. Lo cierto es que ese objetivo primordial de lucha contra los poderosos y los abusos denominados de cuello blanco, propio de las multinacionales y altos funcionarios han terminado por calar en la esfera de los tradicionalmente excluidos, traducido penalmente en movimientos como los de la <ley y el orden> o la tolerancia cero.

La violencia doméstica y de género está considerada como uno de los principales protagonistas en los últimos años de las páginas de sociedad y no ha escapado de tal tendencia, sino al contrario, se ha convertido en baluarte de reformas penales en aras a la consecución de la pretendida seguridad ciudadana. Por tanto se han confundido los términos y en realidad se han mezclado conceptos distintos y, hoy “estamos ante dos corrientes de signo opuesto, que abordan realidades sociales diferentes desde perspectivas ideológicas también distintas, y que merecen, en consecuencia, un juicio diferenciado¹³⁸⁹”. “Nos encontramos dentro de una Política criminal que, como vimos en los apartados precedentes, ha modificado sustancialmente los objetivos preferentes de atención de la intervención penal, aunque podamos seguir hablando de una sociedad con una elevada sensibilidad al riesgo, pero al riesgo de la delincuencia común o clásica en los términos ya vistos¹³⁹⁰”.

La violencia de género que ha perseguido la Política criminal expuesta y que ha desembocado en los tipos penales desarrollados a lo largo de este trabajo, forma parte

¹³⁸⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, RECPC 07-01 (2005), p. 3.

¹³⁹⁰ Ídem, p. 17.

de este movimiento general que se está desarrollando en los tiempos actuales a nivel mundial; para concretar afirmamos que las políticas de género actuales forman parte del movimiento que ha venido a denominarse por amplios sectores de la doctrina como de políticas de seguridad incardinadas o sobrevenidas como consecuencia de las sociedades postindustriales o también denominadas sociedades del riesgo¹³⁹¹ y que han llevado a la Tolerancia cero.

Así, “en los últimos tiempos hemos asistido a una proliferación de medidas cautelares que no tienen estrictamente esta naturaleza. Con tal denominación se han regulado normas que no tienen finalidad cautelar, sino que pretenden dar satisfacción a un sentimiento colectivo de inseguridad, indignación o venganza (medidas de prevención general), o de prevención de posibles futuros delitos cometidos por el inculpado (prevención especial), o incluso se tiende a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y su familia (prevención personal)¹³⁹²”. Es por ello, que podemos reparar en que las políticas modernizadoras y de expansión del Derecho penal han dejado de ser extensiva para pasar a ser intensiva¹³⁹³, incidiendo no tanto en la punición de la nueva criminalidad derivada de la delincuencia de la globalización, sino incidiendo en la clásica delincuencia.

1.1. De la impunidad a la Tolerancia cero

La Resolución del Parlamento Europeo A4-0250/97 sobre una Campaña Europea sobre Tolerancia Cero ante la violencia contra las mujeres, inició una toma de conciencia social, pero además, ha supuesto un cambio legislativo radical en relación a los malos tratos domésticos pidiendo que se designara el año 1999 como Año Europeo contra la violencia hacia las mujeres, con una serie de proposiciones para los Estados.

¹³⁹¹ Ídem, p. 9 en la que afirma que “no faltaron autores que incluyeran o advirtieran de la inclusión entre los ámbitos sometidos a debate de algunos que poco tenían que ver con riesgos tecnológicos, como es el caso de la violencia doméstica”.

¹³⁹² MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A; BARONA VILAR, S.; *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 15ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 476

¹³⁹³ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, RECPC 07-01 (2005), p. 13.

Ante este marco más o menos global los grupos de mujeres comienzan a analizar de manera crítica el ordenamiento jurídico, pero con un error de partida porque finalmente descargan el grueso de la solución en el uso del mismo instrumento penal. En España estas ideas han frugado de tal manera que “bajo el peligroso lema de tolerancia cero contra la violencia de género, tan popular, se ha acabado por criminalizar todo el entorno de la pareja haciendo creer a la ciudadanía que esa violencia estructural tan compleja de definir y erradicar es un asunto del Estado y del Derecho penal¹³⁹⁴”.

Las estrategias actuariales de las que hablamos en el último de los epígrafes del primer capítulo se generan a través de las llamadas políticas de Tolerancia Cero, pues “las nuevas modalidades de control producen un imaginario social también nuevo, construido sobre la seguridad y el riesgo. A las formas de representación colectiva que se basaban en la pertenencia de clase o de género, se superponen representaciones basadas en el riesgo y en la posibilidad de acceder a condiciones de seguridad subjetiva.¹³⁹⁵”. Es decir, los Estados tienen asumida su incapacidad para erradicar los factores del riesgo criminal y además consideran el riesgo como una entidad colectiva en la que la respuesta individual desaparece, lo cual es producto directo de la aplicación de aquellas estrategias actuariales¹³⁹⁶ a las que aludimos en el primer capítulo.

Una de las medidas de tolerancia cero¹³⁹⁷ es aquella que consiste en imponer el alejamiento forzoso de la pareja expresado en el art. 57.2 CP aun cuando este alejamiento no sea el deseado por las mujeres. Esta estrategia acaba por anular la capacidad de las mujeres y por infantilizar en este caso su imagen. Una Política criminal no debe perder de vista jamás los fines de prevención propios del Derecho penal, por lo

¹³⁹⁴ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 386.

¹³⁹⁵ Ver DE GIORGI, A.; *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la Sociedad de Control (Prefacio de Toni Negri), Presentación y Traducción de Iñaki Rivera y Marta Monclús*, Virus Editorial, 1ª edición en castellano, Bilbao, 2005, p. 70-73

¹³⁹⁶ Ídem, p. 66.

¹³⁹⁷ Sobre los efectos de la Tolerancia cero en la punición de la violencia de género, MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F. L.; “El agresor como víctima. A propósito de la Tolerancia Cero en la violencia de género”, BUENO ARÚS, F.; KUYU, H.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.; ZAFARONI, E. R.; (Directores), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1256-1259.

que en este caso concreto, no debe perderse de vista que lo que tendrá consecuencias sociales y personales más importantes será la resocialización del agresor, aunque la manera que ha tenido el legislador de plasmarlo en la ley penal no sea la más acertada, en el sentido que no se puede imponer de manera obligatoria su sometimiento a terapias psicológicas sin más, pues hace falta una especialización en la atención de estas personas, y sobre todo el reconocimiento por parte de los mismos de la necesidad de ayuda y de tratamiento¹³⁹⁸, y no cualquier tratamiento, sino que en función del fin preventivo especial de la resocialización, éste debería ajustarse a combatir ese problema estructural de fondo al que hemos aludido a lo largo de todo este trabajo¹³⁹⁹.

Pero no se entiende porqué si la terapia puede ayudar a conseguir tales objetivos resocializadores compatibilizándolo con el deseo de las mujeres que quieren mantener una convivencia, entonces por qué se imponen junto a la terapia las medidas de alejamiento obligatorias que, una vez más impiden que continúe la convivencia cuando ésta es de mutuo acuerdo. Nadie mínimamente comprometido con los problemas sociales que azotan la sociedad actual acepta este tipo de violencia, sin embargo, hay medidas que lejos de cumplir los fines de protección acaban estigmatizando no solo a los agresores que se consideran un grupo de riesgo al que hay que combatir a cualquier precio¹⁴⁰⁰ sino, lo que es peor, a las propias mujeres.

¹³⁹⁸ FARALDO CABANA, P.; “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 747 critica la imposición obligatoria del tratamiento a los condenados por violencia de género.

¹³⁹⁹ LARRAURI, E.; “Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; (Coords.), *Dogmática y Ley penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 365 afirma que “la actuación del agresor se debe al convencimiento de su poder, o lo que los psicólogos denominan “distorsiones cognitivo-conductuales”, por tanto afirma (p. 178) que “los programas son aceptables siempre que éstos se desarrollen de acuerdo a una perspectiva feminista, cognitivo-conductual. Estos programas pueden ayudar a satisfacer las demandas de un grupo de mujeres que pretende seguir viviendo con el agresor”.

¹⁴⁰⁰ FARALDO CABANA, P.; “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 748 que afirma que tales obligaciones, tanto la del tratamiento como la de alejamiento suponen “indicios de la introducción de estrategias actuariales en el control penal de este tipo de violencia”.

La imposición de tales medidas no parecen más que un subterfugio para eludir las responsabilidades propias de un Estado de Bienestar y con ello evitar tomar las medidas esperadas dentro de un marco Democrático. La crisis del Estado del Bienestar ha llevado al abuso del aparato punitivo por parte de los poderes públicos en virtud de la falta de recursos sociales promovida por la propia crisis. El Estado lejos de proveer las medidas sociales oportunas en educación, atención, fondos de ayuda, etc, huye al Derecho penal para demostrar su preocupación e implicación en esos asuntos. La crisis financiera y de valores de la sociedad actual finge unas preocupaciones por los problemas sociales pero ofrece pocos mecanismos de solución. El gobierno de la tecnocracia ha dado al traste con el pensamiento humanista y de las políticas sociales de verdad, desembocando en el populismo punitivo. El apoderamiento por el feminismo oficial del aparato represivo estatal no ha llevado como advierten los datos a una mayor protección de las mujeres, sino todo lo contrario.

2. DERECHO PENAL SIMBÓLICO. LESIVIDAD Y BIEN JURÍDICO

En este panorama dividido de opiniones acerca del tratamiento existente en materia de género y doméstica, y engarzando este debate dentro de la discusión generalizada sobre cuáles deben ser las funciones propias del Derecho penal en la actual sociedad española, hay muchas voces que sin desestimar las funciones de protección de bienes jurídicos y de motivación propias del Derecho penal (efectos instrumentales), no desestiman la apreciación de la simbología en el mismo (efectos simbólicos)¹⁴⁰¹. La eficacia de la función simbólica del Derecho penal no es tanto “un sistema de producción de seguridad real de los bienes jurídicos sino más bien, un instrumento de respuesta simbólica a la demanda de pena y seguridad de la política¹⁴⁰²”, es decir, que más allá de que pueda proteger bienes jurídicos supone una ficción pero que tranquiliza a la ciudadanía necesitada de Derecho penal para creer en la real protección. Lo cual

¹⁴⁰¹ Sobre los efectos instrumentales y simbólicos del Derecho penal, ver DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, núm. 1, La Ley, enero 2001, p. 4, en que acepta la existencia de todos ellos depende en qué casos, ver p. 6, “unos y otros, podrán ser en determinadas circunstancias medios adecuados para la prevención de comportamientos lesivos o peligrosos para los bienes jurídicos, y en tal medida instrumentales para tal objetivo”.

¹⁴⁰² Sobre las funciones del Derecho penal, ver BARATTA, A.; “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica”, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, núm. 1, Septiembre-Diciembre, Barcelona, 1991, p. 53.

traduce la política en un espectáculo; no cambiar la realidad sino la imagen que los ciudadanos tienen de la realidad¹⁴⁰³.

El Derecho penal simbólico es la “utilización del Derecho penal para desviar el debate político, presentándose determinadas reformas en momentos controvertidos¹⁴⁰⁴”. Pero las propias instituciones estatales se aprovechan de tales fines, así la Circular de la FGE 4/2005 de manera expresa admite que como último fin la Ley de Violencia de Género lo que persigue es una función simbólica y pedagógica y acepta incluso que “el cambio cultural que precisa su erradicación no se confía a la potencial capacidad de estructuración de la sociedad que comporta toda norma jurídica y fundamentalmente las de carácter represivo, sino que se incide en el mismo mediante referencias expresas en el articulado a la necesidad de promover un cambio significativo del sustrato sociocultural que trivializa la discriminación y la violencia contra la mujer, al tiempo que transmite un mensaje de tolerancia cero frente a cualquier agresión en este ámbito¹⁴⁰⁵”.

Respecto de sus fines, el Derecho penal emite un mensaje que se transmite a la sociedad de actuar con rigor ante la violencia de género, cumpliendo de esta manera una finalidad conforme a la prevención general, pero cuando esa finalidad sobrepasa los límites de la Política criminal y reacciona con una amenaza de pena desproporcionada esa función preventivo general se convierte en una función simbólica sin efectos reales que sobrepasa los límites admisibles del Estado Democrático y de Derecho¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰³ BARATTA, A.; “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica”, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena, núm. 1, Septiembre-Diciembre*, Barcelona, 1991, p. 53.

¹⁴⁰⁴ DE LA MATA BARRANCO, N. J.; “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en FARALDO CABANA, P.; (Dir.), *Política Criminal y reformas penales*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2007, p. 24 poniendo de ejemplo el debate sobre el cumplimiento íntegro de las condenas en los días en los que las costas gallegas estaban bañadas de chapapote.

¹⁴⁰⁵ Circular FGE 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 7.

¹⁴⁰⁶ ALONSO ÁLAMO, M.; “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, en *Cuadernos de Política Criminal, núm. 95*, Madrid, 2008, p. 40.

Si tomamos de referencia el análisis del propio TC sobre la pena privativa de libertad impuesta en los delitos de las amenazas leves del 171.4 en relación con los mecanismos de suspensión y sustitución de tales penas de prisión, establece para el caso concreto de las amenazas leves y su “complejo y flexible sistema de determinación de la pena corresponda al delito del art. 171.4 CP, que como se expone a continuación, permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión, bien su rebaja en un grado, y que hace con ello que se reduzca la diferenciación punitiva expuesta¹⁴⁰⁷”. Lo cual nos hace preguntarnos entonces sobre el por qué estimar la necesidad legislativa de imponer pena de prisión para estas conductas si lo que se piensa es en todo caso eludirla, acaso no responde esto a la más criticable técnica de la función simbólica del Derecho penal, que no casa con los planteamientos democráticos, pareciera que no es necesario por tanto buscar el castigo para luego eludirlo. Sin embargo en materia de abusos domésticos y de género, parte del feminismo valora la actuación penal positivamente, pues incluso “la función simbólica del Derecho en áreas como la violencia en contra de las mujeres realizada por hombres conocidos no puede realizarse sin un análisis de la sociedad patriarcal¹⁴⁰⁸”, es necesario el análisis basado en el género, y en donde la ausencia de ley “se traduce en un clima que influye las actitudes sociales y las políticas públicas¹⁴⁰⁹”.

Según CANCIO MELIÁ el Derecho penal simbólico supone una “discrepancia entre los objetivos invocados por el legislador- y los agentes políticos que conforman las mayorías de éste- y la agenda real oculta bajo aquellas declaraciones expresas¹⁴¹⁰”. Muchas veces esto puede llevar al panpenalismo que describe ZAFFARONI, es decir, al Estado-espectáculo, que sería aquel estado en el que “la política-espectáculo ha descubierto que un proyecto de ley penal puede otorgar muchos más minutos de

¹⁴⁰⁷ STC (Pleno). Sentencia núm. 45/2009 de 19 de febrero en su FJ. 4.

¹⁴⁰⁸ EDWARDS, S.; “La función simbólica del Derecho penal: violencia doméstica”, en *Pena y Estado*, núm. 1, Barcelona, 1991, p. 88.

¹⁴⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁴¹⁰ CANCIO MELIÁ, M.; “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.; *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson, Civitas, Madrid, 2006, p. 96.

televisión que un programa nacional de transformación que, por otra parte, no tiene poder para poner en práctica¹⁴¹¹”.

Respecto de la función de protección de bienes jurídicos, podría decirse que en base a esas funciones simbólicas la ganancia preventiva no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino que el que gana es el legislador¹⁴¹², y es por eso que las funciones latentes sobresalen sobre las manifiestas¹⁴¹³ y lo que se critica es que ni siquiera se plantea la pregunta acerca de la capacidad de la utilización del Derecho penal para ese caso¹⁴¹⁴.

En nuestro país, desde las reformas de 2003 se critica la manifiesta tendencia a la simbología de estas reformas, sobre todo en su principal cambio que fue la creación como delito de las violencias no habituales y el traspaso de las habituales a la rúbrica de los delitos contra la integridad moral¹⁴¹⁵. De esta manera es el grupo de presión, que podríamos catalogar dentro del Feminismo oficial, el que ha desconfiado del carácter instrumental del Derecho penal dejándose embelesar por su poder simbólico, sin percatarse de que el recurso al Derecho penal simbólico es una vía de doble filo, pues tiene sus ventajas y también sus inconvenientes¹⁴¹⁶. LARRAURI en referencia a la Ley de violencia de género, establece la necesidad de verificar si en realidad la agravación de la pena ayuda a que las conductas se repitan con menos asiduidad, es decir, si la

¹⁴¹¹ ZAFFARONI, E. R.; “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BIRGIN, H.; (Comp.) *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000, p. 30-31

¹⁴¹² HASSEMER “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, núm. 1, Barcelona, 1991, p. 35

¹⁴¹³ Ídem, p. 30, en resumidas cuentas, el autor establece que las funciones manifiestas llegan a la protección del bien jurídico previsto en la norma, mientras que las funciones latentes van desde la satisfacción de una necesidad de actuar hasta la demostración de un Estado fuerte.

¹⁴¹⁴ Ídem, p. 35

¹⁴¹⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 263.

¹⁴¹⁶ LARRAURI, E.; “Una crítica feminista al derecho penal” en LARRAURI, E. y VARONA, D.; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, p. 173 en la que reconoce que “el derecho penal no protege a las mujeres, pero cuando menos sirve para manifestar la condena social a determinadas conductas y con ello conseguir un cambio de actitudes”, pero también matiza en la p. 174 que “la utilización simbólica del derecho penal produce víctimas reales”.

mayor pena motiva a los maltratadores al cese de la violencia, pues “quien ofrece una ley que contiene una agravación de las penas para disminuir la violencia contra las mujeres, debería ser juzgado también por la efectividad en la consecución de este objetivo y apuntar además qué criterios adicionales sugiere para evaluarla¹⁴¹⁷”. Es por eso que corresponde a las instituciones estatales el análisis también de comprobar si esas reformas se quedan en el ámbito simbólico, ya que dejarían de tener tal carácter en el momento en que esas leyes produjesen un efecto real; y nos referimos con esto, a la entrada en prisión en los últimos años de más maltratadores, que como veremos en el siguiente epígrafe, efectivamente se ha producido y si esto beneficia a las partes implicadas.

3. POPULISMO PUNITIVO

Los medios de comunicación han tenido un papel principal en las políticas llevadas a cabo en el ámbito de los malos tratos. El continuo asedio de los últimos años en prensa y televisión mostrando caso a caso los episodios de violencia, además de haber hecho visible el problema ha acabado por confundir opinión pública con opinión publicada¹⁴¹⁸, y tal es así, que los deseos de la opinión publicada han pasado a ser opinión legislada¹⁴¹⁹.

En este terreno vuelven a ser la principal crítica la elevación de las amenazas y las coacciones leves a la categoría de delito pues la idea que subyace es que “si se toleran las violaciones de los derechos fundamentales a la libertad y a la seguridad, puede que no haya vuelta atrás en la escalada de violencia, y si la utilización del papel simbólico del Derecho penal como asignador de negatividad social sirve para eliminar la subordinación estructural intergéneros, estaremos hablando de una medida de acción

¹⁴¹⁷ LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y Violencia de Género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 134.

¹⁴¹⁸ LARRAURI, E.; “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 55, marzo 2006, p. 19.

¹⁴¹⁹ ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F. (Director), *Estudios actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Mar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. en p. 723. El paréntesis es nuestro.

positiva perfectamente legítima y constitucional¹⁴²⁰». Sin embargo esta afirmación es precipitada, porque tales resultados no han sido los conseguidos como veremos. Una de las más importantes consecuencias de este tipo de políticas se traduce en el incremento de la población carcelaria, por lo tanto, su simbolismo dejaría de ser tal cuando de manera abrupta crecen los condenados por estos delitos. Así no es de extrañar que los presos por este tipo de delitos hayan incrementado en un 50% en el último año¹⁴²¹. De la misma manera DÍEZ RIPOLLÉS apunta el bajo nivel de comisión que se había dado en los delitos contra las personas pero que tras las reformas de 2003 “han originado un sustancial incremento de los delitos de malos tratos que han pasado a constituir casi el 70% de esos delitos contra las personas¹⁴²²”. Pero el mismo autor continúa argumentado que “ni siquiera la reciente persecución intensa de los delitos de malos tratos es capaz de alterar la escasa representación que los delitos contra las personas han acostumbrado a tener en la delincuencia española¹⁴²³”.

Ya hemos hecho referencia al papel del Estado en la materia, que ha generado unas políticas que se basan en la idea de seguridad e irrumpen con el pretexto de protección de las mujeres, que se ejerce mediante políticas de control que en nada empoderan ni respetan la voluntad de las mujeres. Y esto podríamos casi definirlo como una variante del populismo punitivo para el caso especial de la violencia doméstica y es el Paternalismo punitivo, cuyo máximo exponente es el art. 57.2 CP. El término paternalismo punitivo sería el más apropiado para esta situación, así LAURENZO argumenta que desde el principio se ha acudido a la ley penal cuando en realidad tradicionalmente el problema ha sido de aplicación en los tribunales, no de tipificación de faltas en delitos¹⁴²⁴. La autora critica esta táctica que ha hecho un uso tanto del populismo punitivo como de los efectos simbólicos, sobre todo para “acallar a un

¹⁴²⁰ GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la ley de Igualdad (L. O. 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 46.

¹⁴²¹ El País, 30 de noviembre de 2009, “Los presos por violencia machista aumentan el 50% en un año. La reincidencia y el endurecimiento del código penal elevan los reclusos a 4100”.

¹⁴²² DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF., Buenos Aires, 2007, p. 12

¹⁴²³ Ídem, p. 26

¹⁴²⁴ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 335 y ss.

nutrido sector del feminismo militante que desde hace tiempo ha sucumbido a la arrolladora fuerza del punitivismo vindicativo¹⁴²⁵”, acudiendo de esa manera al endurecimiento penal como si fuera el instrumento mágico capaz de cambiar los patrones sociales de comportamiento¹⁴²⁶.

4. EL ADELANTO DE LAS BARRERAS DE PROTECCIÓN; EL MANEJO DEL RIESGO

Que el Derecho penal es el instrumento más potente y por ello el último de los recursos con el que cuenta un Estado para resolver problemas es algo incuestionable, pero en la sociedad actual se ha perdido el miedo a su uso, y subyace un sustrato ideológico basado en la creencia de que lo que no está tipificado no es importante, y ello ha llevado a un sector del feminismo (el oficial) a hacer un uso abusivo de este instrumento.

El adelanto de las barreras penales se manifiesta sobre todo en el art. 153 actual del CP, ya que regula como delito conductas que en realidad por su escasa lesividad sólo merecerían la calificación de faltas y ello se ha llevado a cabo en 2003 con la elevación de los malos tratos ocasionales y las amenazas leves, pero ha continuado en 2004 añadiendo las coacciones leves. Sin embargo el propio TC ha dado luz verde a tal adelantamiento de protección mediante Auto núm. 233/ 2004, de 7 de junio de 2004 en contestación a una de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas con ocasión del art. 153 en su redacción dada por LO 11/2003 de 29 de septiembre hace alusión en su fundamento jurídico 3 b) a los fines de la pena y nos recuerda que son el de prevención especial y el de prevención general, pero añade que “estos factores de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre el delito y la pena”. Para continuar argumentando en su fundamento jurídico 6 que la pena prevista para el delito del art. 153 CP en su redacción dada por LO 11/2003, que establece una pena de prisión de tres meses a un año, “no solo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados por la norma, sino que

¹⁴²⁵ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 44.

¹⁴²⁶ *Ibidem*.

persigue una mayor y más eficaz protección de los mismos a la envergadura que en nuestra sociedad ha adquirido la violencia doméstica y la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante dicho fenómeno y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas”. Por lo que el TC avala las políticas del legislador.

También es cierto, que aunque la LO 1/2004 sigue confiando en el endurecimiento de la respuesta penal como medida estrella para atajar la violencia, ahora sí de género, al menos establece un enfoque de lucha desde distintos ámbitos y no sólo desde el estrictamente penal, cuestión distinta es que en la práctica se haya puesto a funcionar la aplicación de otro tipo de medidas, pues las medidas penales son las que han seguido tomando protagonismo en la realidad diaria de los juzgados y sobre todo en los medios de comunicación. El resto de medidas consistentes en ayudas y demás medidas extrapenales se constituyen como acciones positivas, porque “el reconocimiento de estos derechos a estas mujeres se hace en un contexto de escasez de bienes y recursos públicos¹⁴²⁷”, argumento que precisamente es el que impide aplicar tales medidas (de acción positiva) en el Derecho penal¹⁴²⁸.

Pero en realidad, si lo que el legislador ha querido ha sido neutralizar el riesgo al que se enfrenta una mujer maltratada en la relación de pareja, lo ha hecho pensando en las bondades inmerecidas del Derecho penal, en vez de estableciendo las medidas sociales o económicas necesarias para que la mujer pueda afrontar empoderada esa situación de riesgo. Adelantar la respuesta penal ante ataques a bienes jurídicos es lo que tradicionalmente ha venido denominándose la fácil huida al Derecho penal. De esta manera, el principal escollo de la ley es el que ya se ha puesto de manifiesto: elevar las conductas con entidad de falta a delito cuando se cometen en el ámbito doméstico o contra la mujer pareja¹⁴²⁹. Es por todos conocido que un incremento de pena no suele ir

¹⁴²⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.; “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en FARALDO CABANA, P.; (Dir.), Política Criminal y reformas penales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 66-67

¹⁴²⁸ Ídem, p. 71 y ss.

¹⁴²⁹ Es lo que se alega en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el art. 153.1 CP, en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género por vulnerar los artículos 10, 14, 24.2 de la CE: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo, resuelto mediante STC núm. 59/2008 de 14 de mayo.

asociado a un efecto preventivo, y que en realidad “más importante que la gravedad de la pena es la certeza de que se va a imponer una pena¹⁴³⁰”.

Parece claro por tanto que el caso más problemático de este adelanto se establece en los delitos de malos tratos, amenazas y coacciones leves de los arts. 153.1 y 2, 174.4 y 5, y 172.2 respectivamente, por su elevación a delito cuando el sujeto pasivo sea *su esposa o, mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*. Apoya esta reforma ARROYO ZAPATERO porque es la situación de peligro la que agrava la situación cuando los delitos no se producen por primera vez, pues “lo que violenta más a la víctima no es tanto el grado objetivo de la coacción o amenaza leve y descontextualizada, sino la significación que en verdad tiene para la víctima ese hecho leve en el contexto del proceso del síndrome de los malos tratos¹⁴³¹”. Incluso COMAS D’ARGERMIR va más allá y estima conveniente seguir a línea de actuación de la LO 11/2003 acabando con el anacronismo que supone mantener las faltas, pero no para sacar esas conductas del código penal, sino para elevarlas a delito cualquiera que fuere el sujeto pasivo introduciendo penas proporcionadas¹⁴³². Preferiblemente optamos por la opción de LAURENZO COPELLO y argumentamos que las amenazas y coacciones producidas en el marco de las relaciones de pareja pueden ser interpretadas como leves o como graves, el problema no es la pena, “el problema no consistía en que la respuesta penal para los casos auténticamente leves fuese inconveniente o escasa, ...el problema reside en la práctica judicial que erróneamente se empeña en calificar como leves muchos casos de amenazas y coacciones graves¹⁴³³”, por lo que la autora argumenta que la solución no pasaba por

¹⁴³⁰ BOLEA BARDÓN, C.; “En los límites del Derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 9, 2007, p. 26.

¹⁴³¹ ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F. (Director), *Estudios actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Mar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 724.

¹⁴³² COMAS d’ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 50-51

¹⁴³³ LAURENZO COPELLO, P.; “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006, p. 361

elevantar las faltas a delitos en todo caso arrastrando los casos menos relevantes contra la libertad, sino en impulsar el cambio en la interpretación jurisprudencial, pues no por ser una amenaza o coacción grave el ámbito familiar suaviza esa gravedad, es grave sin más¹⁴³⁴. De esta manera, dejando en manos del juez y de la propia mujer la valoración del riesgo en el caso concreto, no hubiera sido necesaria la reforma que eleva las faltas a delito, simplemente hay que investigar en qué casos se trata de casos graves o leves y tomar las medidas oportunas.

De igual manera MUÑOZ CONDE no confía en la eficacia del adelanto de las barreras punitivas en estos delitos, ya que “por supuesto que cabe también que esas amenazas lleguen a hacerse realidad, o que incluso, sin que las mismas trasciendan, el conflicto o la desavenencia soterrada se transforme en una explosión de rabia y de violencia que llegue incluso hasta el homicidio o el asesinato, pero esto no se va a evitar con el adelantamiento de la intervención del Derecho penal a momentos en los que todavía no hay indicios de que esto vaya a ocurrir¹⁴³⁵”. Es decir, el Derecho penal no puede acontecerse a hechos que pueden o no pueden acontecer.

Ciertamente es importante que se pongan de manifiesto las explicaciones sobre el contexto estructural que nutre este tipo de violencia, pero hagámoslo desde “una reformulación que apele a las políticas sociales y legislativas, pero también de forma preferente a todo el entramado de recreación de significados culturales¹⁴³⁶”. Es importante por tanto reflexionar acerca de si el Derecho penal está “ofreciendo auténticas armas eficaces para combatirla sin caer en una instrumentalización política del código penal y si, verdaderamente las reformas penales poseen una fundamentación material acorde con los principios de intervención mínima de un Estado Social y Democrático de Derecho, respetando en todo caso el principio de proporcionalidad de la

¹⁴³⁴ *Ibidem*.

¹⁴³⁵ MUÑOZ CONDE, F.; Derecho penal. Parte especial. Decimosexta edición revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 191

¹⁴³⁶ ASÚA BATARRITA, A.; “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 135.

pena¹⁴³⁷”. En general, compartimos las inquietudes de la doctrina que plantea que en realidad nadie gana cuando se produce una inflación del Derecho penal, sino que habría que tener en cuenta la aplicabilidad de esa norma en la realidad para la que se creó¹⁴³⁸.

Apelar a la *ultima ratio* del Derecho penal y a la intervención mínima son la razón por la que los comportamientos de escasa lesividad no deberían elevarse a la categoría de delito, y menos pensando en las “ventajas electorales de mostrarse inflexible con los problemas sociales¹⁴³⁹”, precisamente al hilo de mostrarse más comprometidos son los propios partidos políticos los que promueven este tipo de medidas¹⁴⁴⁰.

En resumidas cuentas coincidimos con LAURENZO cuando afirma que “la tendencia a criminalizar cada vez más hechos asociados a la violencia familiar, abarcando, además, supuestos de escasa gravedad, distorsiona la imagen del problema social que representa la violencia de género y lo oculta tras otros muchos episodios de agresiones en el ámbito doméstico que muy poco tiene que ver con la discriminación de las mujeres en la sociedad de nuestros días¹⁴⁴¹”.

Como último argumento resaltamos la importancia de la prevención, pero se ha demostrado que el endurecimiento de la respuesta penal ante estos delitos no ha tenido la disuasión esperada en el quehacer de este tipo de conductas, por lo que lo único que puede parar esta rueda es la adopción de medidas sociales y educativas, apostando

¹⁴³⁷ MENDOZA CALDERÓN, S.; “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo art. 153 del Código Penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p.124.

¹⁴³⁸ GRAZIOSI, M.; “El derecho frente a la violencia de género”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 302.

¹⁴³⁹ LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 231

¹⁴⁴⁰ Véase el actual debate social respecto de la introducción en España de la pena perpetua al hilo sobre todo de los casos de la niña Mariluz Cortés y la adolescente Marta del Castillo. Así, El País, 28 de enero de 2010, “El PP llevará al Congreso la cadena perpetua y el endurecimiento de la Ley penal del Menor”.

¹⁴⁴¹ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2008, p. 357.

incluso algunos autores por la Mediación Familiar¹⁴⁴² con tal de no dejar todo el peso en manos del Derecho penal.

4.1. Signos de expansión del Derecho penal

Ya desde su versión de 1989 la doctrina enmarcaba el nuevo delito “en un modelo más amplio de intervención estatal, en que la presencia del art. 425 CP era un débil exponente, dada su escasa entidad punitiva, pero en cualquier caso significativo¹⁴⁴³”. Haciendo alusión a la actual Sociedad denominada del riesgo y caracterizada “por su capacidad de generar riesgos que escapan a un control basado en los tradicionales mecanismos de previsión y en la tradicional capacidad de los sistemas privados, como la familia, para controlarlos¹⁴⁴⁴”. En este sentido NUÑEZ CASTAÑO establece, respecto del delito de violencia familiar, que “estamos ante una de las manifestaciones del <moderno> Derecho penal, en una huída hacia delante, que se caracteriza por la utilización de delitos de peligro que permitan castigar los momentos previos a la efectiva lesión de bienes jurídicos que, por su repercusión social, pueden determinar la existencia de un clima de alarma en la sociedad¹⁴⁴⁵”.

Uno de los más claros signos de expansión es la mencionada imposición de la pena de alejamiento del agresor, “que encuentra su razón de ser precisamente en el desmedido protagonismo de la víctima en la elaboración de la estrategia punitiva¹⁴⁴⁶”. Pero esta medida no se queda sólo del lado del agresor, sino que esa expansión no solo afecta al sujeto activo sino también al pasivo, ya que en el caso de que la mujer ni siquiera interpusiere denuncia y el alejamiento se impusiere en un proceso iniciado de oficio, aunque la mujer quiera romper la convivencia con su pareja, si no lo hace puede

¹⁴⁴² MAYORDOMO RODRÍGUEZ, V.; *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho Comparado*, Dilex, Madrid, 2005, P. 194-196

¹⁴⁴³ MUÑAGORRI LAGUÍA, I.; “Las violencias en el ámbito familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1994, p. 634.

¹⁴⁴⁴ Ídem, p. 635

¹⁴⁴⁵ NUÑEZ CASTAÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 131

¹⁴⁴⁶ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 48.

las que acaben enredadas sin quererlo en el complejo sistema penal, motivo por el que LARRAURI planteaba al menos el establecimiento de un debate acerca de la conveniencia o no de que esta clase de delitos contra las personas acabase por regularse en vez de como delitos públicos, como delitos semi-públicos¹⁴⁵⁰. En definitiva se trata de calibrar el grado de “disponibilidad sobre el proceso que debe tener la víctima. Dicho de otra manera, hasta qué punto debe respetarse la autonomía de la mujer, o si es lícito, en nuestro afán por protegerla, acabar negándole esa autonomía¹⁴⁵¹”. La autora en este caso, antes que cualquier reforma penal en la materia apuesta por la efectividad que podría recavarse de un uso adecuado del sobreseimiento provisional¹⁴⁵².

Igualmente supone una intromisión en la voluntad de las mujeres lo que desde de un sector del feminismo se está pidiendo, que no es más que “obligar a las mujeres, bajo amenaza de incurrir en delito de desobediencia grave, a declarar en el juicio contra su agresor con el fin de reducir el alto índice de sobreseimientos debidos a la retractación o falta de colaboración de la víctima que priva a la acusación de la principal prueba de cargo¹⁴⁵³”. Esto ocurre en los casos en los que hay una denuncia (recordemos interpuesta a instancia de parte, o de oficio, no hay distinción), pero la mujer decide retirarla o no acudir al juicio. Se está pensando cómo evitarlo pero sin comprender las situaciones de las mujeres a las que se acusa de irracionales. Esos cambios legislativos para evitar estas situaciones ya las planteaba la FGE que establecía que los actos de esta naturaleza no afectan tan solo a las mujeres sino a todos los miembros del grupo familiar y por eso hay que “impedir que la actitud de retractación (frecuente y humanamente explicable) de determinados denunciadores adquiera eficacia: no sólo se trata de un delito público en el que no cabe ninguna figura de perdón o de renuncia a la acción penal, sino que, además, la víctima frecuentemente no sólo es el sujeto pasivo de la acción violenta que manifiesta la retractación sino todos los restantes integrantes del

¹⁴⁵⁰ LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 317.

¹⁴⁵¹ LARRAURI, E.; ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? en *Ciencias penales, Revista de la asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Septiembre 2004*, Año 16, núm. 22, p. 18

¹⁴⁵² *Ibidem*.

¹⁴⁵³ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 50.

núcleo de convivencia familiar¹⁴⁵⁴». Esta cuestión ha retornado con fuerza por lo acontecido en el mediático caso Neira, en el que la propia víctima niega haber sido agredida por su novio y en el día del juicio, la Fiscalía solicita abrir diligencias contra ella por falso testimonio¹⁴⁵⁵.

De todo ello nos quejamos, pues de estas propuestas de reforma se entiende que, al querer hacer de la violencia contra la mujer un asunto público, ha desembocado en el ámbito penal en forma de delito público, con el consiguiente efecto de su persecución de oficio, y estas medidas traen consigo “la imposibilidad de retractarse de una denuncia previa o la obligación de acatar órdenes de alejamiento e incomunicación no deseadas¹⁴⁵⁶”, lo cual puede desembocar a la mujer como cómplice en el proceso criminal, aun así existe un alto índice de mujeres que no denuncia, y otro que, aun denunciando no declaran en el juicio contra el agresor (amparándose en el art. 416 LECr) motivo por el cual, cierto sector del Feminismo está promoviendo que la mujer que no acuda a juicio pueda ser sancionada por desobediencia grave¹⁴⁵⁷, por tanto no sólo victimiza sino que además criminaliza a las propias mujeres.

Según el Informe anual del Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer es necesaria la reforma del actual art. 416 LECr “no debemos olvidar que el fundamento de la dispensa que se recoge en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es respetar la solidaridad familiar del testigo respecto del imputado que comete un delito que no atenta a sus bienes jurídicos, por tanto del testigo que no es víctima y ha sufrido la agresión a manos de su esposo y pareja. Ello es lo que ha motivado la reclamación desde diferentes instituciones, entre las que se encuentra la mayoría del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, de una modificación de ese precepto, pues estando

¹⁴⁵⁴ Circular 4/2003 de 30 de diciembre de la FGE sobre nuevos instrumentos jurídicos en la persecución de la violencia doméstica.

¹⁴⁵⁵ El País, 13 de noviembre de 2009, “La sujetaba con un brazo y le pegaba con el otro. Fue una paliza. Jesús Neira ratifica ante el juez que Antonio Puerta maltrató a su pareja”.

¹⁴⁵⁶ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 390-391.

¹⁴⁵⁷ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 50.

en presencia de delitos perseguibles de oficio en los que no cabe el perdón del ofendido, se está dando entrada a ese perdón, cuya única finalidad es la de conseguir la impunidad de los presuntos autores de tan execrables conductas, deviniendo, por tanto, absolutamente ineficaz la protección integral a la víctima que con la nueva legislación se pretende¹⁴⁵⁸”. Por tanto, concluye el informe que las mujeres que cometen falso testimonio, o sencillamente no declaran ante el tribunal podrían ser castigadas por delito de desobediencia o por falso testimonio. Por tanto la clave residiría en el artículo 416 de la LECr, que exime a los testigos de declarar contra parientes cercanos y como hemos visto son varias las instituciones que quieren modificarlo, “mientras que muchos abogados y jueces se oponen porque obligaría a la víctima a ir contra su voluntad y en ocasiones mentiría para proteger a su pareja. ¿Y lo siguiente qué será? ¿Perseguir a la mujer por falso testimonio? Eliminar el 416 es absurdo, subraya un magistrado. El Gobierno ya intentó en 2007 la reforma del artículo 416, pero no recabó en el Senado los apoyos necesarios. Ahora, para replanteárselo está a la espera de las conclusiones de un informe sobre la Ley Integral¹⁴⁵⁹”. De esta manera no nos sorprende (aunque sí rechazamos) la solución adoptada por el juez encargado de enjuiciar el caso Neira, por el que acusa a la víctima de dar una versión falsa¹⁴⁶⁰.

A nuestro modo de entender, estas intromisiones suponen una desmedida expansión del ámbito penal en la parcela íntima de las mujeres, sin embargo parte de la doctrina respalda la necesidad de reforma y de que entren a formar parte de la protección de las mujeres el que los poderes públicos, en este caso, el legislador, entre a tipificar varios delitos que son de omisión, concretamente los artículos 408, que debería contener el delito de omisión de perseguir delitos contra la violencia de género por las autoridades o funcionarios públicos; al igual que el art. 450 1 y 2 en cuanto a la omisión del deber de impedir delitos contra la violencia de género y omisión del deber de denunciar delitos contra la violencia de género respectivamente y, por último respecto del art. 412.3 CP

¹⁴⁵⁸ Informe anual del Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer, 2007, p. 172 en http://www.observatorioviolencia.org/bbpp-proyecto.php?id_proyecto=95

¹⁴⁵⁹ El País, 25 de agosto de 2009, “Aumentan las víctimas de violencia machista que retiran la denuncia. El 44% de los casos en los que la acusación no sigue adelante es porque la mujer se arrepiente. El Ministerio Público y el Consejo General del Poder Judicial piden cambiar la ley para evitarlo”.

¹⁴⁶⁰ El País, “Siete meses de prisión para el agresor del “caso Neira”. La sentencia acusa a la víctima de dar una versión falsa”, 21 de noviembre de 2009

relativo a la denegación de auxilio a requerimiento del particular para que la autoridad o el funcionario público impida delitos o faltas contra la violencia de género¹⁴⁶¹.

De esta manera se pretende por cierto sector del feminismo, la tipificación del delito de terrorismo sexista, y hacer una alegoría a la LO 7/2003 del cumplimiento íntegro de las condenas para los maltratadores en el Comunicado de prensa: en defensa de la ley integral contra la violencia de género de 5 de septiembre de 2006¹⁴⁶², al que haremos referencia más adelante¹⁴⁶³.

Otro de los aspectos en los que se manifiestan motivos de excepcionalidad es en la aplicación y cumplimiento de las penas, en particular en el régimen de sustitución y suspensión, que es más gravoso para los condenados por estos delitos que para los demás, al que ya hiciéramos referencia en el capítulo IV¹⁴⁶⁴. Medidas que además de ser obligatorias nada tienen de preventivo especiales pues los art. 83.1 *in fine* y art. 88.1 *in fine*, parecen presumir, al imponer de todos modos el tratamiento psicológico sin tener en cuenta las especificidades de cada caso. Así LARRAURI no se explica por qué se anula la potestad al juez de decidir si imponer o no el tratamiento, y sobre todo si tan importante es, por qué solo lo asocia a las penas privativas de libertad y no a las penas de trabajo en beneficio de la comunidad, no se entiende desde los fines preventivo-especiales que deberían regir su aplicación¹⁴⁶⁵.

El Derecho penal, como ya nos hemos hecho eco en diversas partes de este trabajo, no es la solución más adecuada a la resolución de problemas sociales, “existe un protagonismo excesivo de la solución judicial. Debería existir una separación conceptual muy clara, entre el camino de generar una posible respuesta penal, y el de la

¹⁴⁶¹ RUBIO LARA, P. A.; “Violencia de género y derecho penal: hacia una correcta y completa formulación del carácter integral de la tutela penal de la violencia de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 93, Edersa, 2007, p. 161.

¹⁴⁶² Comunicado de prensa: “En defensa de la Ley integral contra la Violencia de Género”, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/opina.htm>

¹⁴⁶³ Cap. V, VI, 1.2

¹⁴⁶⁴ Especialmente crítica como vimos son FARALDO CABANA, P.; “Tendencias de Política criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”.... 2007

¹⁴⁶⁵ LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p. 95.

solicitud de amparo y protección de la sociedad¹⁴⁶⁶». Hay autores que sostienen que en esta materia no se puede hablar de modernización o expansión del Derecho Penal, sino que sería más propias nociones como “abuso del Derecho Penal, de la banalización de la legalidad o de populismo punitivo¹⁴⁶⁷».

Obviamente hay fallas en la Política criminal de género que como vemos se inserta dentro de la corriente político criminal expansiva que favorece los modelos de seguridad en los que se está canalizando la sociedad actual, sin embargo tampoco se trata de anular las pretensiones de la regulación de los delitos de género, pues “es exagerada la pretensión de invalidar todo el entramado de medidas protectoras de la mujer, apelando a un supuesto “Derecho penal de excepción¹⁴⁶⁸”. En realidad para empoderar a las mujeres hace falta un acceso a sus derechos, y ésta precisamente no es la función del derecho penal, por tanto, encarcelando a quienes apuntan ser futuros maltratadores no se empodera a las mujeres y menos aún encarcelando a las propias mujeres. Por eso, lejos de apoyar las medidas que penalizan el ámbito de la pareja, como eliminar el 416 LECr, o tipificar los delitos de omisión relativos al género, apostamos por la eliminación del art. 57.2 y por la valoración de los delitos de género como delitos públicos, pudiendo calibrar su transformación en semi-públicos en los que la autonomía de las mujeres tenga mayor relevancia.

4.1.1. La influencia de la LO 1/2004 en la reducción de las cifras

En general no podemos valorar positivamente la expansión penal por los resultados que produce, es decir, una ley penal más severa no consigue reducir las cifras de criminalidad, comprobaremos si así ocurre en este caso concreto. En el primero de

¹⁴⁶⁶ COBO PLANA, J. A.; “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN., M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 367.

¹⁴⁶⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 482.

¹⁴⁶⁸ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 68.

los capítulos hacíamos referencia a las estadísticas de la violencia y de género, apostando por la idea que de las cifras reflejan y de alguna manera bareman los problemas que preocupan a una sociedad¹⁴⁶⁹. Respecto al reconocimiento de que sí hay mujeres que mueren a causa de la violencia de género, nos preguntamos, desde la perspectiva que ofrece el Feminismo Crítico si ésta ha contribuido a resolver o al menos reducir este problema social, es decir, si el Derecho penal (los delitos tipificados en el código penal) ha contribuido a reducir esas cifras al empezar a actuar desde las primeras manifestaciones de violencia. En definitiva, atendiendo a la finalidad primordial de prevenir delitos, ver cual ha sido la incidencia de la aplicación de la ley en este ámbito.

Más allá de los asesinatos que puedan llagar a contabilizarse, lo importante es ver cómo actúa la Administración de justicia en el reflejo de los delitos tipificados en el código penal. En este sentido es importante hacernos eco de cómo los jueces se han adaptado a los cambios; si la doctrina criticó que el problema de las primeras versiones del delito no era tanto la tipificación sino la defectuosa práctica judicial, comprobemos cómo manejan los tribunales las reformas de 2003 y 2004, sobre todo respecto de la elevación de las faltas ocasionales a delito. Para ello nos hacemos eco de los resultados arrojados por un estudio llevado a cabo en Barcelona respecto de las sentencias condenatorias por este delito, en concreto falladas desde el 1 de octubre de 2003 al 21 de diciembre de 2006 en los juzgados de esta ciudad¹⁴⁷⁰; Del estudio se desprende que los jueces en aplicación de la LO 11/2003 optaron más por la pena privativa de libertad (en un 82,6%) que por los trabajos en beneficio de la comunidad (en un 17,4%). Mientras que los jueces que aplicaron la Ley integral acudieron más a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (en un 39,2%) que la privativa de libertad (60,8%)¹⁴⁷¹, cede el protagonismo porque disminuye en un 21,8% que es lo que incrementa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pero como vemos todavía es la protagonista. Otra de las cuestiones importantes de la ley integral es comprobar si se ejecuta la pena de prisión o si se acude a la suspensión o a la sustitución. Según los

¹⁴⁶⁹ Ídem, p. 56 admite que “asistimos, en efecto, a una etapa de particular virulencia de las agresiones de género en el ámbito de la pareja”.

¹⁴⁷⁰ ANTÓN GARCÍA, L.; LARRAURI PIJOÁN, E.; “Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas”, en *Revista Española de investigación criminológica*, Artículo 2, núm. 7, 2009, p. 9.

¹⁴⁷¹ Ídem, p. 13.

datos arrojados por este estudio, con la aplicación de la LO 11/2003, del total de penas de prisión impuestas, en el 14, 8% de los casos la pena definitiva fue prisión, el 56,5% se suspendieron y el 28,7% quedaron en sustitución¹⁴⁷². Y con la aplicación de la Ley integral “la pena definitiva fue en un 18,5% de los casos prisión, en un 70,7% suspensión y en un 10,8% sustitución¹⁴⁷³”, sin embargo aunque el porcentaje de penas de prisión ejecutadas son en mayor número las de 2004 “no implica una mayor entrada de personas en prisión, ya que el número total de penas de prisión impuestas es menor bajo la Ley integral¹⁴⁷⁴”.

Por tanto, cabe quizás replantearnos aquí lo que expusiéramos anteriormente respecto de los efectos simbólicos de esta ley o no y su mayor crítica era que si efectivamente se estaban encarcelando a más personas por estos hechos, los efectos simbólicos dejaban de tener tal carácter para pasar a ser reales. Quizás por ello, lo que parece un endurecimiento de la ley penal, no lo es en su aplicación, pero el mensaje ya está dado a la sociedad.

V. RASGOS DEL “ENEMIGO” EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE GÉNERO ACTUAL

Se denomina Derecho penal del enemigo a una construcción político criminal y dogmática que divide la Sociedad, y por ende también el tratamiento penal, en amigos y enemigos. El Derecho penal del enemigo es la forma de hacer referencia a la expansión postmoderna del Derecho penal que está teniendo lugar en las sociedades democráticas y postindustriales occidentales en los últimos tiempos. Desde que JAKOBS se refiriese a ella en un Congreso en 1999 asegurando que “quien quiera ser tratado como persona, debe dar también una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como tal. Si esa garantía no se da o incluso es denegada de forma expresa, el Derecho penal pasa de ser la reacción de la sociedad frente al hecho de uno de sus miembros a convertirse en una reacción frente a un enemigo”¹⁴⁷⁵. Desde aquella exposición hasta nuestros días, muchas

¹⁴⁷² Ídem, p. 14

¹⁴⁷³ Ídem, p. 14

¹⁴⁷⁴ Ibídem

¹⁴⁷⁵ JAKOBS, G.; “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, (traducido por Teresa Manso Porto), en ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. Coordinadores de la versión alemana) y MUÑOZ CONDE, F. (Coordinador de la versión española); *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 58.

son las opiniones que ha generado tal hipótesis, a favor y en contra, sobre todo a raíz de los ataques terroristas del 11 S. En realidad este autor en publicaciones posteriores no ha separado a amigos y enemigos como esferas perfectamente diferenciadas en el Derecho penal sino que afirma que “es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros¹⁴⁷⁶”.

Esta manera de entender las relaciones entre el Derecho penal y los sujetos ha existido desde siempre en la práctica, ya que el poder punitivo sí ha tratado *a los seres humanos como si no fuesen personas*¹⁴⁷⁷, pero a día de hoy aceptar estas premisas sería sustituir el Estado de Derecho por el Estado policía¹⁴⁷⁸. Sin embargo MUÑOZ CONDE entiende que la tesis de Jakobs “es una construcción valorativamente ambigua, que lo mismo vale para un sistema democrático, que para uno totalitario. El sistema, el que sea, y su mantenimiento a toda costa, eso es lo único que importa¹⁴⁷⁹”. Sin embargo CANCIO MELIÁ observa y analiza con cierto escepticismo incluso su mera nomenclatura: “Derecho penal del enemigo”, ya que supone una contradicción en los términos¹⁴⁸⁰ porque: en primer lugar, “no debe haber Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o inconstitucional)”, en segundo lugar “el Derecho penal no debe ser porque no contribuye a la prevención policial-fáctica de delitos”, y en tercer lugar, porque hay que cuestionarse previamente si “realmente el Derecho penal del

¹⁴⁷⁶ JAKOBS, G.; “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.; *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson, Civitas, Madrid, 2006, p. 24.

¹⁴⁷⁷ ZAFFARONI, E. R.; *El enemigo en el Derecho penal*, Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 2006, p. 11-12

¹⁴⁷⁸ ZAFFARONI, E. R.; *El enemigo en el Derecho penal*, Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 2006, p. 11-12

¹⁴⁷⁹ MUÑOZ CONDE, F.; *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 70. Igual argumenta POLAINO ORTS, M.; “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”, *INDRET, Revista de análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2008, p. 19 pues para él “el 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 ciudadanos”

¹⁴⁸⁰ CANCIO MELIÁ, M.; “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.; *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson, Civitas, Madrid, 2006, p. 89 afirma el autor que “Derecho penal del ciudadano es un pleonismo, Derecho penal del enemigo, una contradicción en los términos”.

enemigo (tácticamente existente) forma parte del Derecho penal¹⁴⁸¹”. Y por si esto no fuera ya de por sí suficientemente revelador, advierte también de los inconvenientes prácticos de la aceptación de tales latitudes¹⁴⁸². En resumidas cuentas, la seguridad se ha sacralizado desplazando el propio contenido de Derecho que tenía el Derecho penal y lo ha transformado en un concepto de lucha, de guerra, y en este contexto los delincuentes dejan de ser ciudadanos para convertirse en enemigos¹⁴⁸³. La versión española de tal tendencia ha venido traducida de la mano de SILVA SÁNCHEZ, quien en esa modernización del Derecho penal mencionado alude a la existencia de hasta tres velocidades en la creación del Derecho penal, correspondiéndose la tercera de ellas con el Derecho penal del enemigo de JAKOBS¹⁴⁸⁴.

Y alguna de estas ideas han calado en el Derecho penal de género, así en materia concreta de la Política criminal y derechos de género, ya hay quienes se han pronunciado de manera muy crítica, estableciendo que las actuales políticas y derechos de género van más allá del Derecho penal del enemigo. Es el caso de POLAINO ORTOS, para quien el hecho de que el TC haya reconocido la legalidad constitucional del trato diferenciado entre hombres y mujeres traduce como “dos formas de combate o de reacción frente a esos sujetos¹⁴⁸⁵”, es decir; “dos derechos penales de diversa intensidad en función de la gravedad del hecho combatido. A esas dos formas de

¹⁴⁸¹ CANCIO MELIÁ, M.; “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.; *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson, Civitas, Madrid, 2006, p. 124-126.

¹⁴⁸² CANCIO MELIÁ, M.; “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M.; *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson, Civitas, Madrid, 2006, p. 142, afirma que “la gracia del derecho penal moderno, precisamente, está en que la pena no reacciona ni frente a la maldad ni frente a la nuda peligrosidad, sino frente a manifestaciones de sujetos culpables que ponen en cuestión las características de la sociedad. No hay enemigos en Derecho penal,, por lo que de hecho, todos los seres humanos son ciudadanos. Los ataques de sujetos imputables o son actos de guerra en sentido estricto o son delitos”, y completa este análisis en la nota al pie 101 afirmando que “la incorporación del binomio pena-enemigo es categóricamente incompatible con el Estado de Derecho”.

¹⁴⁸³ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 482.

¹⁴⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, IBdF, Buenos Aires, 2006, p. 183 y ss.

¹⁴⁸⁵ POLAINO ORTOS, M.; “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”, *INDRET, Revista oa el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2008, p. 15.

combate penal se les llama doctrinalmente Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo¹⁴⁸⁶”. Así, el autor critica la presunción establecida en el art. 1.1 de la ley y su aplicación sistemática y obligada en los delitos de las agravantes de género, y el TC al dar luz verde sobre su constitucionalidad “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 penal¹⁴⁸⁷”.

Sobre estos mismos aspectos destaca un voto particular de la propia STC que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas presentadas por los Juzgados de lo Penal núm. 1 y 4 de Murcia que acaban en STC 45/2009 de 19 de febrero, formula voto particular el Magistrado Rodríguez-Zapata Pérez, expresa su “deseo de que estas sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos derechos penales; un Derecho Penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes posprincipios que hayan regido hasta ahora. Y junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas”.

1. LA HABITUALIDAD EN SENTIDO SUBJETIVO

Ya VON LISZT en su programa de Marburgo distinguía tipos penales de autores en base a esta característica de la habitualidad, en dicho programa, LISZT distinguía tres fines de la pena; la corrección, la intimidación y la inocuización. De esta forma, precisaba que la corrección se destinaba a aquel delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección, la intimidación sería para aquel delincuente que no requiriese corrección y la inocuización sería para aquellos delincuentes carentes de capacidad de corrección¹⁴⁸⁸. La pregunta interpuesta históricamente, sobre si cabe la libertad para los enemigos de la libertad, tuvo y sigue teniendo especial acomodo en los delincuentes

¹⁴⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁸⁷ *Ídem*, p. 26.

¹⁴⁸⁸ VON LISZT, F.; *La idea del fin en el Derecho penal, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882, (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar. Traducción de Carlos Pérez del Valle)*, Comares, Granada, 1995, p. 83

habituales, enemigos por antonomasia del sistema al no cumplirse en ellos los pretendidos fines resocializadores y preventivo especiales de la pena.

En términos generales, la habitualidad ha sido tachada por parte de la doctrina como el elemento clave en sede del Derecho penal del enemigo, por el que un determinado ciudadano pasa a la categoría de enemigo de la sociedad, más orientado hacia la peligrosidad¹⁴⁸⁹. En una sociedad democrática, tanto sociedad como individuo deben repartirse o distribuirse los riesgos derivados del delito; pero la nueva sociedad del Riesgo no gestiona conforme a los parámetros del Estado Social y de Derecho este riesgo y por eso es que “rechaza hacerse cargo de los costes derivados de los riesgos de reincidencia delictiva, tanto de los procedentes de los delincuentes habituales como de los que con menor intensidad crean, asimismo los delincuentes ocasionales. El coste de ese riesgo ha de pasar, íntegramente al propio delincuente¹⁴⁹⁰”. En este sentido, los sujetos que habitualmente cometen delito son una fuente de peligro para la sociedad y la sociedad parece no querer asumir ese riesgo.

Las soluciones son distintas según nos basemos en los enfoques estructural (que busca las causas de la delincuencia en factores sociales o ambientales) o volitivo (que explican la delincuencia como consecuencias de decisiones libres del delincuente) para dar sentido a la delincuencia en las políticas públicas, y por supuesto el actual predominio de la segunda¹⁴⁹¹. Así nos “llama la atención que sean precisamente los delincuentes habituales los que deban asumir los costes de su delincuencia, mostrándose la sociedad menos renuente a tomar a su cargo los propios de la delincuencia ocasional; un modo de razonar verdaderamente atento a la eficiencia social debería proponer que los esfuerzos y presupuestos de los órganos de control social se concentraran en los delincuentes habituales, aquellos cuyo actuar está más condicionado por factores sociales que ellos, por sí solos, son incapaces de superar, mientras que fueran los

¹⁴⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición, Ed. IB de F, Buenos Aires, 2006, p. 185.

¹⁴⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, p. 164

¹⁴⁹¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, p. 116-117 y p. 166.

delinquentes ocasionales, dadas sus condiciones sociales previas favorables, los que tuvieran que correr con los costes de su delinquir¹⁴⁹²”.

Como vimos en el análisis típico del actual art. 173.2 CP, la habitualidad puede ser estimada como un elemento objetivo del tipo o como un elemento subjetivo específico requerido por el tipo. Es en esta segunda acepción como delito de tendencia en donde pueden concurrir problemas de compatibilidad con un Derecho propio de un Estado Social y de Derecho. Es por tanto esta última acepción la que teniendo en cuenta por parte de nuestra doctrina, resulta improcedente a los efectos garantistas del sistema penal

El ámbito de la violencia doméstica y de género está imbuido de signos que nos hacen pensar en la permanencia y en la continuidad de la violencia; en este sentido, no hay más que analizar los términos que se utilizan de forma reiterada tanto en la esfera social, como legislativa y judicial. En primer lugar, destacamos el uso del término “violencia”, pues sólo este concepto denota que hay más de un acto violento, pues si sólo se quisiera hacer mención a un acto violento convendría la utilización del término “agresión¹⁴⁹³”. Más aún si el legislador de *lege data* nos proporciona términos, que aunque de difícil interpretación jurisprudencial, declaran el contenido exacto de esa habitualidad en el comportamiento.

En nuestro caso, parte de la doctrina ha resaltado que la falta de una interpretación auténtica suficiente de la habitualidad en los malos tratos, “hace aflorar la verdadera *ratio essendi* de este tipo vertebrado en torno a la asiduidad del infractor¹⁴⁹⁴”. Sin embargo otra parte de la doctrina, como ya analizamos más extensamente en otra parte del trabajo entiende que el legislador en este caso ha optado por el sentido objetivo, pues “el art. 173.2 no castiga únicamente los casos de violencia doméstica habitual

¹⁴⁹² Ídem, p. 167.

¹⁴⁹³ Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004, p. 15 en donde se afirma que “conceptualmente la violencia se presenta como un estadio más avanzado de la agresividad. No hay violencia en sentido técnico, por una agresión aislada esporádica, sino que esa agresión debe producirse en un sometimiento de la víctima”, por ello, se habla de relaciones de dominación. Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>

¹⁴⁹⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Coords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 268.

porque en ellos el agresor sea especialmente peligroso, sino porque entre las conductas de violencia doméstica, las habituales son las más graves. Todo ello significa que la redacción del 173.2 CP no atenta contra el principio de responsabilidad por el hecho¹⁴⁹⁵”.

1.1. Autor de la agresión: ¿ciudadano o enemigo?

Como ya mencionamos, en la actual discusión político-criminal aguarda una categoría diferencial que conllevan las políticas securitarias desembarcadas a raíz del advenimiento de la Sociedad del Riesgo y tienen como elemento fundamental la distinción entre individuo y ciudadano, y que el individuo que se muestra peligroso hay que tratarlo como enemigo social¹⁴⁹⁶. A nivel político criminal por tanto, ya no solo de género, sino general, se ha estructurado el Derecho penal “desde la persona del delincuente y no desde el hecho dañoso cometido¹⁴⁹⁷”, lo cual lleva a una especie de legitimación del Derecho penal de autor muy relacionado con el Derecho penal del enemigo. Por tanto, ni siquiera la habitualidad es la determinante de la intervención penal sino que lo peculiar ahora es que “basta con una actitud permanente de desprecio hacia el orden jurídico y la disponibilidad a infringirlo¹⁴⁹⁸”.

Son muchas voces desde la doctrina y la propia judicatura las que se manifiestan a favor de los derechos de los acusados, alegando que por muy reprochables que sean sus actos siguen teniendo derechos y es la sociedad la que debe asumir ciertos riesgos, no se puede recurrir sólo al Derecho penal para absorber “los riesgos del enemigo”¹⁴⁹⁹. Por ello, CORTÉS BECHIARELLI establece que no se trata de volver a épocas pretéritas y que “no se trata de probar el carácter agresivo del acusado, ni tan siquiera su

¹⁴⁹⁵ GÓMEZ MARTÍN, V.; *El Derecho penal de autor*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 326.

¹⁴⁹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, p. 168.

¹⁴⁹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, p. 173.

¹⁴⁹⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, p. 174.

¹⁴⁹⁹ Doctrina y jueces se manifiestan de esta manera garantista en El País, 30 de noviembre de 2009, “El riesgo de una legislación preventiva”.

tendencia¹⁵⁰⁰” y por tanto no se trataría de medir el riesgo para inocular al maltratador, refiriéndose a la prueba de la habitualidad. Pero para POLAINO-ORTS cuando el TC se pronuncia sobre la ley de 2004 y afirma que debe existir una diferencia en el tratamiento penal de mujeres y hombres, y no permite una prueba en contrario de la presunción establecida en el art. 1.1 de la ley, lo que está es yendo un paso más allá del Derecho penal del enemigo, aplicando siempre y en todo caso el régimen agravado, y esto, invita a pensar que va más allá del Derecho penal del enemigo funcionalista, “que exigiría siempre una prueba de la situación de enemistad¹⁵⁰¹”, por eso “así 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 si peligrosidad de manera agravada, eso es, no como ciudadano sino como enemigo¹⁵⁰²”. Respecto de los delitos de las agravantes de género, y precisamente respecto de esas presunciones que también GIMBERNAT alega que penar conductas con lesividad de falta como delito en base al estado peligroso del sujeto activo supone una consagración del Derecho penal de autor relegando el Derecho penal del hecho de carácter democrático, un descabro legislativo cuya filosofía es la de que “al autor no se le castiga por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer¹⁵⁰³”.

En realidad, con estos argumentos se ha desvirtuado la ley y a día de hoy argumentar que el maltratador recibe un tratamiento agravado respecto de las posibles maltratadoras, como bien argumenta el TC, es sólo una de las posibles interpretaciones que puede hacerse de los tipos penales, pues existe una cláusula que incluye a las personas vulnerables, más allá de la prueba de esa vulnerabilidad, y además en este

¹⁵⁰⁰ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 81.

¹⁵⁰¹ POLAINO-ORTS, M.; “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”, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, Barcelona, julio, 2008, p. 26.

¹⁵⁰² POLAINO-ORTS, M.; “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”, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, Barcelona, julio, 2008, p. 27.

¹⁵⁰³ GIMBERNAT ORDEIG, E.; “Prólogo a la Décima edición del Código penal”, Tecnos, Madrid, Septiembre de 2004, p. 20.

trabajo también hemos admitido la posibilidad de que las mujeres que maltratan puedan ser juzgadas por los delitos de las agravantes específicas.

2. DERECHO PENAL DE AUTOR

Una de las características que mejor definen y reflejan el Derecho penal del enemigo es que estructura el sistema penal no desde el hecho lesivo, sino desde la persona del delincuente, lo cual lleva a legitimar el Derecho penal de autor, siendo el Derecho penal del enemigo incompatible con el Derecho del hecho¹⁵⁰⁴. Ya ANTÓN ONECA vislumbraba que el Derecho penal de su época distinguía las categorías de culpabilidad y peligrosidad criminal, estableciendo “que al lado de los tipos comunes de delito que consisten en hechos realizados por el sujeto (tipos de hecho) se venían a admitir otros tipos de delito constituidos por la condición de la persona (tipos de autor)¹⁵⁰⁵”.

En la realidad penal actual parte de la doctrina aprueba la existencia de un legítimo Derecho penal de víctimas (por ejemplo el Derecho penal sexual de menores, en donde cabe estimar a un sujeto activo hombre o mujer), pero no aprueba un ilegítimo Derecho penal de autor (que sería el caso de los actuales delitos de violencia de género)¹⁵⁰⁶. En nuestra opinión no se pueden relacionar los delitos de las agravantes de género con el Derecho penal de autor, ni tampoco con la violencia doméstica en base sobre todo a la definición de habitualidad como se ha argumentado¹⁵⁰⁷. En definitiva, parte de la doctrina estima que el Derecho penal no debe reprimir la *conducción de la propia vida* ni la personalidad del sujeto, y en cierta manera, en la ley de género parece que se castiga al maltratador porque hace de la violencia su forma de conducción de vida en la

¹⁵⁰⁴ CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?”, en JACKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M.; *Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Thomsom, Civitas, Navarra, 2006, p. 137.

¹⁵⁰⁵ ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal, segunda edición anotada y puesta al día*, Akal, 1986, p. 426.

¹⁵⁰⁶ BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 25

¹⁵⁰⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 89 pues afirmaba ya entonces que una interpretación de habitualidad en el sentido dado por la Circular 1/1998 de la FGE respondía a la resurrección de un Derecho penal de autor.

comunicación con su pareja¹⁵⁰⁸. En nuestra opinión no es la conducción de vida lo que castiga el legislador como ya hemos apuntado, sino un tipo de violencia enclavada en la sociedad patriarcal.

En la propia cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia en relación con el art. 153 CP (que el TC resolvió mediante Auto núm. 332/2005, de 13 de Septiembre), el juez proponente estimaba que el mayor cambio que representa la LO 11/2003 respecto de la legislación anterior es que traslada la violencia habitual del 153 al 173 y, tipificaba “en el art. 153 CP la anterior falta de lesiones o malos tratos entre familiares y se convierte en el delito la acción tradicionalmente castigada como falta sobre la base de la especialidad del sujeto pasivo”. Ése es a nuestro entender el problema, que la doctrina a la que hacíamos alusión ha enfocado la interpretación desde el sujeto activo y no desde el pasivo, aunque es cierto que la lucha contra la desigualdad y la violencia perpetrada de los hombres contra sus parejas femeninas ha llevado al legislador a emprender una guerra especial contra los maltratadores. En cuyo epicentro se encuentra un enemigo al que, al igual que acontece en otros ámbitos, se ha querido coartar a base del recurso al Derecho penal. Es POLAINO ORTS uno de los autores más críticos con la decisión del TC, porque “desconoce flagrantemente el mecanismo de atribución de responsabilidad penal, sobre la base de las responsabilidades 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 superioridad¹⁵⁰⁹”, si confirmamos la doctrina que deriva de la STC, dice el autor, si aceptamos que las conductas tienen un plus de antijuridicidad y un mayor desvalor de injusto sólo por el sexo masculino del autor, “entonces se está imputando al hombre *in concreto* la maldad del hombre *in genere*¹⁵¹⁰”.

¹⁵⁰⁸ DEL ROSAL BLASCO, B.; “La política Criminal contra la violencia doméstica. ¿Alguien da más?, en *Estudios penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 328

¹⁵⁰⁹ POLAINO-ORTS, M.; “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”, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, Barcelona, julio, 2008, p. 24

¹⁵¹⁰ POLAINO-ORTS, M.; “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”, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, Barcelona, julio, 2008, p. 25

También ALASTUEY DOBÓN cuestiona la constitucionalidad de los artículos en base a que el sujeto pasivo sea mujer y el sujeto activo un hombre¹⁵¹¹ pues en base a qué sujetos y ante un mismo comportamiento objetivo, estaremos juzgando un delito o una falta. Y si ello se explica en base a los datos estadísticos, se estaría vulnerando el principio de culpabilidad, y si se hace en base a que ese comportamiento está regido en base al ánimo de dominación o discriminación del hombre sobre la mujer, resulta igualmente criticable, pues existen agravantes genéricas en nuestro código penal en el art. 22, concretamente en el art. 22.2 CP cuando se hace uso del prevalimiento de una situación de superioridad y si fuere en base al ánimo de discriminación, el código penal lo establece igualmente como agravante genérica en el art. 22. 4¹⁵¹². Sin embargo esas agravantes genéricas del art. 22 se refieren al sexo, o a la discriminación, pero no al género, con la idea que engloba éste, que pese a lo problemático de su nomenclatura es la que realmente logra materializar una problemática específica que se incrusta dentro de un determinado modelo de Sociedad que es el Patriarcado. No estamos de acuerdo con todas estas opciones porque no parten del Patriarcado que es lo que da sentido a esa diferencia de trato.

2.1. Autor y culpabilidad

Como ya se puso de manifiesto en los últimos epígrafes del capítulo I de este trabajo, partimos de un sujeto activo imputable y normalmente motivable por la norma penal, en el sentido que no es una persona inimputable, ni tan siquiera semi-imputable en términos penales, si alguna de estas características tuviera lugar, se tomarían en cuenta como si concurrieran en cualquier otro caso. Pero acotemos el análisis simplemente para deshacer los clichés típicos de alcoholismo, que llevaría a eximir de responsabilidad criminal a personas perfectamente imputables. Compartimos aquella teoría que no debe desconocer en el análisis de culpabilidad la existencia de factores

¹⁵¹¹ ALASTUEY DOBÓN, M. C.; “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 61.

¹⁵¹² *Ibidem.* (ALASTUEY DOBÓN, M. C.; “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 61-62)

individuales, familiares y sociales y culturales; dentro del primer grupo meteríamos el alcohol¹⁵¹³.

En todo caso nos hacemos eco de la teoría de los “factores precipitantes directos”, es decir, que “la predisposición al descontrol, o la permisividad de los maltratadores con relación a sus propias conductas violentas se acrecienta con el consumo de sustancias adictivas como el alcohol y las drogas, que unidas a las frustraciones cotidianas facilita el surgimiento de estas conductas violentas. No hay que descartar que de una manera más o menos consciente el agresor consuma estas sustancias para “permitir” que se inicie el ciclo de descarga de la violencia interna percibida y así quedar liberado¹⁵¹⁴”, lo cual añadimos, podría llevar a la aplicación de una *actio libera in causa*. Con ello se puede dar el caso de que el agresor totalmente consciente se coloque en esa situación de inimputabilidad o de semi-imputabilidad que le lleve a envalentonarse y de esa manera acometer esos actos violentos. Por todo ello no dejará de sorprendernos que se intenten tomar iniciativas como las que en los últimos meses se han debatido en el Congreso de los Diputados que se ha dirigido al Gobierno para hacerle la siguiente recomendación; que para los casos de violencia de género, en contra del carácter general de atenuante que tiene el consumo de alcohol, en el caso de la violencia de género no lo tenga¹⁵¹⁵. Cuestión sobre la que una semana después vuelven a pronunciarse los propios Diputados que aunque “siguen pidiendo que no haya atenuante por embriaguez para estos delitos y que la condena prive de la custodia al maltratador, pero se han olvidado de la idea de cancelar el régimen de visitas en todos los casos y de que el alcohol sea agravante¹⁵¹⁶”.

¹⁵¹³ GRACIA MARTIN, L.; “culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica”, CEREZO DOMÍNGUEZ, J.; SUÁREZ MONTES, R. F.; BERISTAIN IPIÑA, A.; ROMEO CASABONA, C. M.; (Editores), *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, p. 774

¹⁵¹⁴ MÚGICA SAN EMETERIO, E.; “El perfil psicológico de la víctima y el agresor” en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 334-335.

¹⁵¹⁵ El País, 11 de noviembre de 2009, “El Congreso pide quitar la custodia al maltratador. La Cámara insta al Gobierno a que endurezca la ley. Aconseja cortar las visitas a los hijos si hay sentencia firme”.

¹⁵¹⁶ El País, 18 de Noviembre de 2009, “No todo vale contra la violencia de género. El Congreso modera su propuesta de endurecer la ley. Plantea que todos los condenados por maltrato pierdan la custodia de sus hijos, pero no las visitas. Contra la lacra no basta el código penal”.

Admitir estas teorías es simplificar el análisis de los problemas con el alcohol, sería negar la historia de opresión y de diferencias estructurales de las sociedades patriarcales que han regido nuestra historia¹⁵¹⁷. Aunque siempre haya opiniones que justifiquen o amparen la mayoría de estas acciones violentas bajo el parapeto del consumo de drogas o de alcohol, por eso para RUEDA MARTÍN estos delitos “pueden presentar importantes peculiaridades en el ámbito de la culpabilidad, porque desde el punto de vista del perfil del agresor, cuando se trata de episodios habituales de violencia, es relativamente frecuente el consumo de alcohol o de drogas y los trastornos de la personalidad, que son susceptibles de afectar a la imputabilidad del autor¹⁵¹⁸”. Tampoco queremos con ello descartar la aplicación de las eximentes y atenuantes de la culpabilidad de los artículos 20 y 21 CP cuando en su caso procediere, cuando de verdad concurren dichas causas de inimputabilidad o semiimputabilidad¹⁵¹⁹, pero no deben estimarse con carácter general aunque sea la idea que pervive en el inconsciente colectivo. El sentimiento de la sociedad civil, según las opiniones recogidas por el diario El País es que; se sigue “creyendo que los agresores actúan movidos por el alcohol y las drogas a pesar de que los análisis de las sentencias no avalan esta teoría: apenas en un 14% de los casos de asesinato se aprecian estas circunstancias. El Ministerio de Igualdad ofreció los datos de una encuesta reciente en la que el 46% de los entrevistados decía que el prototipo de maltratador es un hombre violento por naturaleza o con trastornos psicológicos, con problemas con las drogas o el alcohol y con un nivel cultural bajo¹⁵²⁰”

¹⁵¹⁷ PITCH, T.; *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 244-245 donde critica que el nuevo paradigma de la victimización ha sustituido al de opresión, que atiende a aspectos particulares de la propia vida. También LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 59-60

¹⁵¹⁸ RUEDA MARTÍN, M. A.; “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 304-305.

¹⁵¹⁹ Un estudio muy interesante acerca de cada una de ellas en GRACIA MARTÍN, L.; “Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica” en CEREZ MIR, J.; SUÁREZ MONTES, R. F.; BERISTAIN IPIÑA, A.; ROMEO CASABONA, C. M.; (editores), *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

¹⁵²⁰ El País, 5 de agosto de 2009, “Las mujeres bajan la guardia ante el maltratador”.

Por eso no debemos ver en la actual regulación un Derecho penal de autor, ni ver al “maltratador” como enemigo público de la sociedad, ni por tanto partir de características especiales de éstos sin admitir los desiguales comportamientos de unas y otros. El “maltratador” para ser condenado como tal, debe ser culpable. Por eso en realidad para elaborar las leyes actuales no partimos de las características de los sujetos activos, sino de los sujetos pasivos a la hora de elaborar una estrategia de género, pues “si se detecta un colectivo expuesto a un riesgo especial de sufrir violencia que, además, en la práctica, se concreta con mucha frecuencia en agresiones muy significativas, no hay motivos para dudar de la libertad del legislador para programar una intervención penal específica, al estilo de las agravantes de género creadas por la Ley Integral¹⁵²¹”. En otras palabras, el Derecho penal que merece y necesita un Estado democrático es aquel que hunde sus justificaciones en el hecho, sin tomar demasiado en cuenta el autor, más propio de épocas históricas pasadas, aunque no tan lejanas en el tiempo, por ello no estamos de acuerdo con aquellas posturas extremas que se acercan peligrosamente al Derecho de autor, como aquellas que proponen que en el caso de la violencia contra las mujeres se deberá rechazar “cualquier referencia al género que sirva para reconducirla de nuevo al mero tratamiento penal de la responsabilidad por el hecho¹⁵²²”, aunque género lleva implícito unos caracteres que hunden sus raíces en el patriarcado, no podemos apoyar tal afirmación. Proponemos reconducir género a la responsabilidad por el hecho, sin desconocer que esos hechos están imbuidos de elementos machistas.

2.2. ¿Estamos ante un Derecho penal de víctimas?

Por tanto, si hemos descartado que se trate de un Derecho penal de autor alegando que la agravante de género no toma como referencia al sujeto activo sino al pasivo, podríamos comprobar si descartada tal opción cabe la posibilidad de identificarla con la de un Derecho penal de víctimas. Por lo que se refiere a la violencia de género, como vimos al analizar los sujetos que en los tipos delictivos de la violencia de género, es decir, los sujetos que describen tanto el art. 148.4, 171.4 y, 172.2 CP se refiere a *quien*

¹⁵²¹ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 62

¹⁵²² BERRÉRE, M. A.; “Género, violencia y discriminación contra las mujeres”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 45.

sea o haya sido su esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Ya desde la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004, la especial protección de la mujer (en el código penal) era cuestionada por numerosos partidos políticos, cuyos representantes en la Sesión preguntaron a uno de los padres de nuestra Constitución (en concreto PECES BARBA) si era posible esa especial protección sin caer en el tedioso y prohibido Derecho penal de autor, cuestión que ya se había puesto de manifiesto por el Informe del CGPJ¹⁵²³, y a la que responde PECES BARBA alegando que “el Derecho Penal de autor es aquel que determina las penas en atención a la personalidad del reo, lo que no se produce de ninguna manera en este caso, en el que se protege a un colectivo, no al reo, que se encuentra en una flagrante situación de vulnerabilidad, y entonces se aplica la igualdad como diferenciación por esas razones. Por eso no estamos ante una represión de ningún sujeto, sino ante la protección de un colectivo que está absolutamente necesitado de ello. Estamos ante lo que denominaríamos, en todo caso, un Derecho penal de las víctimas y no ante un Derecho penal de autor, y ello por supuesto necesita de unos límites pues ya la experiencia en otros campos pone de manifiesto los problemas que se derivan cuando “el paradigma de la víctima pasa a un primer plano en la orientación de la política criminal española¹⁵²⁴”. Otra cosa es que esa nueva llamada al Derecho penal constituya el camino adecuado y más eficaz para alcanzar el fin último de erradicar la violencia en la pareja¹⁵²⁵”.

Pero de todas maneras se aprecia una orientación que puede resultar político criminalmente aceptada como es que se preste una protección especial a las mujeres, es decir, crear unos delitos con un sujeto pasivo protagonizado siempre por una mujer,

¹⁵²³ Informe al Anteproyecto de Ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, del Consejo General del Poder Judicial de 21 de junio de 2004, p. 30, en la que se afirma que “se está volviendo al sistema de jurisdicciones especiales, superado a finales del s. XIX, propio del Antiguo Régimen pues se está creando una jurisdicción especial, privativa de las mujeres, basada en el sexo de la víctima y en la intención del agresor”, Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm>

¹⁵²⁴ Al respecto ver el estudio que hace respecto del problema sobre Terrorismo BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”, en *Pena y Estado*, núm. 1, Barcelona, 1991, p. 91.

¹⁵²⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Comparecencia en el Congreso de los Diputados, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión núm. 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004. p. 9-10

pero la doctrina advierte que ello “no tiene porqué conducir necesariamente a la creación de delitos especiales, imponiendo que sujeto activo haya de serlo también un hombre¹⁵²⁶” aunque ello hubiese supuesto no estar en armonía con la filosofía de la “violencia de género¹⁵²⁷”. Al respecto LARRAURI prefiere la denominación de Derecho penal sexuado, pero ello no implica proteger a la mujer por el mero hecho de serlo y castigar al varón por el mero hecho de ser varón, pues las “relaciones mujer-mujer entran plenamente dentro de estos tipos penales. No se castiga sólo al varón, no se protege a la mujer en mayúsculas. Se protege a la mujer en un contexto doméstico porque pensamos que por su repetición, por el contexto de aislación en el que se produce, por la multiplicidad de bienes jurídicos tiene un mayor desvalimiento¹⁵²⁸”. En todo caso, esta autora establece que “si se mantiene la diferencia de cónyuge o esposa, se deberá mantener de forma sistemática porque de lo contrario suena un poco extraño que se cree un Derecho penal sexuado en algunos tipos penales y no se cree en otros. Si se elige la opción de distinguirlos por el sujeto pasivo, entonces creo que debería ser sistemático¹⁵²⁹”. En realidad contestar a la pregunta de si este tipo de distinciones constituyen o no el establecimiento de un Derecho penal de excepción va unido al criterio que escojamos; si aceptamos la “explicación culturalmente condicionada que asocia la violencia contra las mujeres en la pareja con los roles femeninos de sumisión y dependencia¹⁵³⁰” o si por el contrario, “se buscan las causas de tales agresiones de modo

¹⁵²⁶ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 495.

¹⁵²⁷ GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 495.

¹⁵²⁸ LARRAURI PIJOÁN, E.; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2004, VIII Legislatura, Núm. 67, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excm. Sra. D^a. Carmen Marón Beltrán, Sesión núm. 7 (extraordinaria), celebrada el jueves, 22 de julio de 2004, Núm. de expediente 219/000020), p. 43.

¹⁵²⁹ LARRAURI PIJOÁN, E.; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2004, VIII Legislatura, Núm. 67, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excm. Sra. D^a. Carmen Marón Beltrán, Sesión núm. 7 (extraordinaria), celebrada el jueves, 22 de julio de 2004, Núm. de expediente 219/000020), p. 49.

¹⁵³⁰ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 58

exclusivo en las características individuales del autor¹⁵³¹”. LAURENZO nos da la pauta: podemos caer en cuenta que hablamos de Derecho penal de autor dependiendo de si se acepta la premisa de la que parte el concepto de “género”, y la “explicación culturalmente condicionada que asocia la violencia contra las mujeres en la pareja con los roles femeninos de sumisión y dependencia en el ámbito doméstico, o si por el contrario se rechaza esta premisa y se buscan las causas de tales agresiones de modo exclusivo en las características individuales del autor¹⁵³²”. Por eso “no se trata de agravaciones automáticas basadas en el dato meramente objetivo del sexo del autor. El fundamento material reside en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima¹⁵³³”. Asumir ese riesgo y aceptar que “el Derecho penal parte aquí del reconocimiento de que la mujer, por su condición de tal y en virtud de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, se encuentra particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina y por eso le concede una protección adicional¹⁵³⁴”.

Sin embargo en el otro extremo que no compartimos, BOIX REIG objeta que se tome en consideración la problemática desde el sujeto pasivo porque “si transformamos la función de las normas penales y procesales de modo que es el sujeto pasivo, el ofendido por el delito, quien se convierte en rector de las mismas, tendremos que dejar de hablar de un sistema propio de un Estado de Derecho¹⁵³⁵”. COMAS d’ARGEMIR

¹⁵³¹ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 59.

¹⁵³² LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2008, p. 349

¹⁵³³ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en la Ley Integral”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7, 2005, p. 17. Respecto de lo implícito, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colecció <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universitat Jaume I., 2007, p. 446 crítica que no debe presumirse nada ni implícita ni explícitamente.

¹⁵³⁴ LAURENZO COPELLO, P.; “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006, p. 349.

¹⁵³⁵ BOIX REIG, J.; “Prólogo” en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 25.

explica que ese “plus de protección a favor de la mujer que se introduce, no se basa exclusivamente en el hecho de ser el sujeto pasivo mujer, sino por el hecho de que los atentados que padece tienen lugar en el ámbito de la relación de pareja. Es precisamente éste, el ámbito específico de aplicación de la ley, según se define en el art. 1 de la misma¹⁵³⁶”.

Compartimos la opción manejada por LAURENZO y es la idea que recorre este trabajo, es decir, la apelación al riesgo y al concepto género, como categoría culturalmente condicionada y distinta que hace que las relaciones entre hombres y mujeres estén imbuidas por relaciones de poder que impiden su consideración como iguales. Otra cuestión es que estimemos que siempre que hay violencia entre hombres y mujeres está presidida por esa condición de subordinación, es decir, que se establezca una presunción acerca de la existencia omnipresente de tal subordinación, cuestión que pasamos a analizar.

3. JUEGO DE PRESUNCIONES

Pareciera que sólo tiene sentido analizar si en realidad las agravantes de género se construyen a partir de presunciones si partimos de la consideración del art. 1.1 de la ley como un elemento subjetivo específico requerido por el tipo y esta opción fue descartada en el capítulo IV, cuando argumentamos que en realidad se trata de una descripción de la situación de hecho que viven las mujeres, sin embargo estimamos oportuno introducir algunos matices. Dentro de la doctrina que parte de la opción del elemento subjetivo específico hay diferencias, pues podemos estar ante una presunción *iuris et de iure*, o ante una presunción *iuris tantum* (que admitiría prueba en contrario), quedaría por determinar en ese caso quién tiene la carga de la prueba, si el acusado o la

¹⁵³⁶ COMAS D'ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 42.

acusación¹⁵³⁷. Incluso una tercera posibilidad; que debería ser aprobada en cada caso por la mujer que la alega¹⁵³⁸”.

Si se establece una presunción *iure et de iure* de vulnerabilidad de la mujer chocaría con la filosofía que subyace al texto de la ley y desde luego con la Constitución¹⁵³⁹. Y constitucionalmente no valen penalmente ni la presunción *iure et de iure* ni la presunción *iuris tantum*, porque producirían una inversión de la carga de la prueba, por tanto muchos concluyen “que en cada caso habrá de demostrarse que la violencia expresa la situación de superioridad y dominación del hombre sobre la mujer dentro de una relación sentimental de pareja presente o pasada¹⁵⁴⁰”, descartando cualquier presunción, puesto que la presunción *iure et de iure* llevaría a la formulación de los delitos de sospecha, y lo mismo ocurriría con la estimación de la presunción *iuris tantum*¹⁵⁴¹.

Además, hay quienes distinguen que habría diferencias en el tratamiento de los distintos sujetos recogidos en el tipo, ya que cuando se trata de sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer pareciera una presunción *iuris et de iure*, y cuando se trata de personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, la presunción sería *iuris*

¹⁵³⁷ Claramente al respecto LARRAURI, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en INGRET, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, febrero 2009, p. 14.

¹⁵³⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colecció <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 425.

¹⁵³⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colecció <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 426.

¹⁵⁴⁰ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colecció <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 428.

¹⁵⁴¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colecció <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007, p. 429.

tantum, ya que en esta ocasión debería someterse a prueba la vulnerabilidad de la víctima, lo cual además iría contra el principio de igualdad¹⁵⁴², sin embargo en nuestra opinión todos los argumentos que tratan de explicar la diferencia en el tratamiento penal desde las presunciones son rebatibles en cuanto no compartimos el propio punto de partida, la presunción.

Ya hemos hecho referencia a la respuesta piloto por parte de alguno de los tribunales como es el caso de la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁵⁴³, que establece que en ninguno de los casos esto puede desprenderse de todos los actos que se dirigen de los hombres hacia las mujeres. Ése es también el caso enumerado al principio del trabajo correspondiente con la Sentencia 428/2009 de 30 de Septiembre del Juzgado de lo penal núm. 16 de Barcelona (caso del ex-juez Decano de Barcelona).

También se referían a esa presunción normativa los Autos de planteamiento de inconstitucionalidad del Juzgado de lo penal núm. 4 de Murcia; “al establecer una presunción de intención discriminatoria en la conducta penal descrita, el legislador ha incorporado una extensión de la responsabilidad de grupo al concreto individuo juzgado, una recuperación del Derecho penal de autor. El sujeto activo se erige, por razón de su pertenencia al grupo identificado como opresor, en agresor cualificado, con independencia de que el sujeto, en concreto, realice o no la conducta opresora o discriminatoria, sin exigir que esa conducta concreta cometida por él, con nombre y apellidos y no por un hombre, se revele discriminatoria¹⁵⁴⁴”. Igual que para el Juez que propone cuestión de inconstitucionalidad núm. 51-2007 planteada por el Juzgado de lo penal núm. 2 de Murcia, respecto al art. 152.1 CP, el juez ve complicada la relación del

¹⁵⁴² ACALE SÁNCHEZ, M.; “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en PUENTE ABA, L. M.; (Directora), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 69. La misma crítica en CAMPOS CRISTOBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 270 ya que según la ley esa vulnerabilidad se presume en la esposa y en el esposo debe probarse.

¹⁵⁴³ A las sentencias de la AP de Barcelona hicimos mención en el capítulo IV respecto del elemento subjetivo requerido por el tipo.

¹⁵⁴⁴ Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia en relación con el art. 153.1 CP, en la redacción dada por el art. 37 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género por vulnerar los artículos 10, 14, 24.2 de la CE: diferencia de trato punitivo a la misma conducta en función del sexo del sujeto activo y pasivo, resuelto mediante STC núm. 59/2008 de 14 de mayo.

artículo cuestionado con el art. 1.1 de la LO 1/2004, concibiendo tal vinculación como arriesgada, pues el legislador no ha empleado en la redacción del artículo “violencia de género” siendo por tanto el móvil discriminatorio concebible, al menos en abstracto, respecto de sujetos activos hombres o sujetos pasivos mujeres¹⁵⁴⁵ y repite los mismos argumentos que la anterior. El TC responde mediante STC 59/2008, en cuyo FJ. 11 desestima que el legislador presuma algún rasgo que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad del sujeto, lo que hace el legislador “es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas” (del 153.1) respecto del punto 2 del 153 y por tanto se trata de “la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja”.

Sin embargo hay autores que dan por hecho que la aceptación del art. 1.1 como una descripción es lo mismo que estar de acuerdo con la aplicación automática de tal agravación, así POLAINO ORTS critica que “el TC extienda 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 foco de peligro (enemigos) incluso cuando no actúen guiados por un ánimo discriminatorio ni machista*¹⁵⁴⁶”. Es por eso que este autor critica que el TC al dar por válidas tales consideraciones, porque así va más allá del Derecho penal del enemigo estableciendo “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 penal¹⁵⁴⁷”. Es decir, “el TC español, en su defensa del combate legal de la violencia de género, ha legitimado

¹⁵⁴⁵ Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Penal de Murcia en relación con el art. 153.1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género por vulnerar los arts. 10, 14, 24.2 de la CE, resulta por STC núm. 98/2008 de 24 de julio.

¹⁵⁴⁶ POLAINO-ORTS, M.; “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”, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, Barcelona, julio, 2008, p. 26.

¹⁵⁴⁷ POLAINO-ORTS, M.; “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”, en *Revista para el análisis del Derecho, Indret*, Barcelona, julio, 2008, p. 26. La diferencia es que el Derecho penal funcionalista al menos permitiría la prueba en contrario.

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”.

En realidad la situación en el código penal sobre el concepto de violencia de género no implica descargar sobre los hombres la situación de desigualdad, sino comprender que la situación desencadenada tanto en hombres como mujeres es producto de algo que va más allá de lo biológico y que desemboca en lo cultural y en lo estructural. Es decir, ambos “géneros” serían <víctimas> de algo que va más allá de sus propias posibilidades biológicas encajando en algo predispuesto estructuralmente y que es lo que define y distingue el concepto “género”.

En cualquier caso, estaríamos desestimando la existencia de presunción alguna en estos delitos si analizamos que el fundamento de la mayor pena radica “en la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata, sino al efectivo y real desvalimiento que padece en la relación de pareja, desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política... en fin, a través de la imposición de roles familiares tradicionales¹⁵⁴⁸”. Es por eso que coincidimos con LARRAURI que hay concretar que concurren esos tipos agravados cuando podemos afirmar que el hecho: “1) ocasionó un mayor temor, 2) produjo mayores posibilidades de lesión y 3) se produjo en un contexto de dominación¹⁵⁴⁹”. Es por eso que para el caso concreto de las amenazas o coacciones leves episódicas (por ejemplo) del hombre contra su mujer no tiene por qué conllevar una desigualdad como la que contiene el art. 1.1 de la Ley¹⁵⁵⁰. El tratamiento jurídico penal de la violencia de género no está dentro del Derecho penal del enemigo, pero sí, como vimos dentro del movimiento de Tolerancia Cero ante el maltrato, con las consecuencias penales que ello implica.

¹⁵⁴⁸ FARALDO CABANA, P.; “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género” en *Revista Penal* núm. 17, enero 2006, p. 90.

¹⁵⁴⁹ LARRAURI, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en INGRET, *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, febrero 2009, p. 15.

¹⁵⁵⁰ LANDROVE DÍAZ, G.; *El nuevo Derecho penal, (Prólogo de Francisco Muñoz Conde)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 107-108.

Es decir, al hablar del riesgo y basarnos en él para establecer el eje del por qué el castigo, hace falta aplicar los requisitos de imputación objetiva, que casi vienen a coincidir con los anteriormente mencionados, sumando el contexto en el que se realizan.

VI. LA VÍCTIMA

Con carácter general, cuando hacemos referencia a la víctima del delito nos estamos refiriendo a la persona que sufre el menoscabo o la lesión en sus bienes jurídicos, en este caso, parte de la doctrina afirma que las víctimas de las violencias doméstica y de género son doblemente víctimas; pues además de ser víctimas de los delitos que hemos analizado en los capítulos III y IV, las mujeres son víctimas de su propio miedo¹⁵⁵¹, como ya también hemos aludido en este mismo capítulo. Pero además del propio sistema penal, caso de la victimización secundaria.

Respecto de la consideración de la víctima mujer, proponemos dos enfoques desde los que acercarnos a la situación concreta de maltrato: el primero sería el relativo a la propia terminología “víctima” y a las consecuencias derivadas de ello para las mujeres maltratadas, y el segundo enfoque se dirigiría a las propias medidas que han sido tomadas a nivel estatal, siendo muchas de ellas impuestas pese a la negativa de la propia mujer¹⁵⁵².

Estamos de acuerdo en que lo que dota de sentido al concepto “violencia de género” como categoría sociológica es que la víctima sea mujer, es decir, que el sujeto pasivo sea mujer¹⁵⁵³, pero cuidado con esto. En verdad el término víctima puede reducir a un

¹⁵⁵¹ JMÉNEZ DÍAZ, M. J.; “Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable”, en MORILLA CUEVA, L.; (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 2002, p. 288.

¹⁵⁵² Precisamente el propio término “víctima” trae consecuencias negativas para las mujeres, así según PITCH, T.; “Justicia penal y libertad femenina” en BODELÓN, E.; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, p. 121 “el mismo protagonismo femenino, reducido a la voz en cuanto víctimas, acaba por necesitar cada vez nuevas demandas de penalización para mantenerse como tal”.

¹⁵⁵³ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 55.

papel pasivo a las mujeres necesitadas únicamente de proclamar su inocencia¹⁵⁵⁴. Según PECES BARBA, “la vulnerabilidad social de las víctimas supone que existe un desvalor añadido al simple y ya inherente a cualquier tipo de acción de maltrato, amenazas, coacciones. Cuando se atenta contra una mujer que se encuentra sometida a una situación de dominio cultural respecto a su agresor se está incurriendo en un plus de disvalor adicional respecto a la gravedad del hecho mismo, además de la fuerza física. A nadie se le ocurriría considerar como inconstitucional la mayor penalidad del homicidio o asesinato del Rey, o de los miembros de la Familia Real¹⁵⁵⁵”, justificando por tanto la mayor gravedad de estas situaciones en concreto porque los sujetos pasivos son más débiles¹⁵⁵⁶. Pero hay que tener rigor a la hora de referirse a estas cuestiones, pues podemos caer en el paradigma de la victimización¹⁵⁵⁷, es por eso que muchas feministas prefieren emplear el término “superviviente”¹⁵⁵⁸. En este sentido podemos ver que los términos víctima y superviviente se refieren a una misma situación, pero lo que varía es la manera de aproximarse a esa realidad, desde el lado positivo y que empodera o desde el negativo que victimiza aún más. El problema social y político de las mujeres se ha desplazado desde el concepto de opresión que es el que en realidad denuncia una situación estructural, al de victimización que se refiere a un daño individual¹⁵⁵⁹ y precisamente éste es el eje que no hemos querido perder de vista en este trabajo. Y ello

¹⁵⁵⁴ PITCH, T.; “Justicia penal y libertad femenina” en BODELÓN, E.; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, p.121, “la condición de víctima es, en cambio, caracterizada por la inocencia de la misma. Es víctima en sentido pleno quien no ha hecho nada para merecerse el mal que se le ha producido”.

¹⁵⁵⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Comparecencia en el Congreso de los Diputados, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión núm. 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004. p. 10.

¹⁵⁵⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Comparecencia en el Congreso de los Diputados, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión núm. 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004. p. 10.

¹⁵⁵⁷ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 343 que alega que la Ley integral no ha conseguido desligarse, y por tanto sigue anclada en el paradigma de la victimización.

¹⁵⁵⁸ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 289

¹⁵⁵⁹ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 289

se debe fundamentalmente a la simplificación que se ha hecho a la víctima, individualizando y dejando de lado el contexto general, “pues allí donde la noción de opresión hacía referencia a una entera biografía y a un contexto complejo de relaciones jerárquicas, incluyendo poder y desigualdades sociales y económicas, la noción de víctima tan solo evoca un acontecimiento puntual del que es responsable alguien con nombre y apellido, cuya responsabilidad es individual, propia¹⁵⁶⁰”.

En cuanto al papel de las “mujeres-víctimas”, baste recordar que una de las premisas del Derecho penal liberal es que “el *ius puniendi* es del Estado, y no de particulares ofendidos ni perjudicados por los delitos, por lo que hay que evitar dinámicas procesales que puedan aventurar o tengan el peligro de reintroducir mecanismos propios de la respuesta privada frente al delito¹⁵⁶¹”. Con carácter general venimos asistiendo en la actualidad a un papel predominante de la víctima en la esfera penal. Esas corrientes que reintroducen a la víctima en la resolución del conflicto se han denominado Victimología y Victimodogmática, y es por eso que desde hace unos años, el impulso de las corrientes victimológicas, reclama un lugar para las víctimas¹⁵⁶². Pero el movimiento pendular en la materia que ahora nos ocupa ha ido demasiado lejos, “el modelo penal de la seguridad ciudadana tiene interés en socavar subprincipios tales como el monopolio estatal del *Ius puniendi*, otorgando un protagonismo creciente a las demandas de las víctimas¹⁵⁶³”. En este ámbito también los *lobbys* de mujeres han buscado colocar las reivindicaciones de las víctimas de la violencia machista en un primer plano penal, por el que “el discurso de la víctima tiene especial reflejo en los medios de comunicación. La llamada opinión pública ocupa el lugar de la víctima del delito en tanto en cuanto es

¹⁵⁶⁰ PITCH, T.; “Justicia penal y libertad femenina” en BODELÓN, E.; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009, p. 122.

¹⁵⁶¹ BOIX REIG, J.; palabras procedentes del Prólogo en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 26

¹⁵⁶² LARRAURI, E.; ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias penales de Costa Rica*, Septiembre 2004, Año 16, núm. 22, p. 13.

¹⁵⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, IBdeF, Buenos Aires, 2007, p. 193.

la posición más claramente delimitada y menos matizada, por lo que resulta más fácil identificarse con ella¹⁵⁶⁴”.

Los ya mencionados a lo largo de la investigación, nuevos gestores de la moral colectiva, de los que resaltamos los más reivindicativos de los últimos tiempos, son los relacionados sobre todo el Feminismo. El Feminismo cree que ha logrado “ponerse” en la piel de las víctimas de violencia apelando al “mañana puedes ser tú”, “si en los años 80 y 90 las víctimas que venían siendo objeto de mayor atención por los medios de comunicación, la opinión pública y los investigadores, eran las de delitos contra la libertad sexual, esta tendencia cambia a comienzos de los años 90 radicalmente a partir de 1998 cuando el foco de atención social, mediática y jurídico-penal comienza en nuestro país a concentrarse en las víctimas de violencia de género. Las asociaciones de víctimas descubren que una manera de llamar la atención sobre el problema social de la violencia doméstica es por medio de la elaboración de estadísticas que documenten la prevalencia y evolución de este fenómeno¹⁵⁶⁵”. Tal y como la corriente garantista temía, en realidad la modernización del Derecho Penal que surgió para criminalizar a los poderosos ha acabado por calar en conductas pertenecientes a la criminalidad tradicional¹⁵⁶⁶, como es el caso de la violencia doméstica.

Pero lo más criticable es que este protagonismo de los intereses de la víctima no se ha fraguado en un empoderamiento de las mujeres. Según un estudio realizado en el juzgado penal núm. 20 de Madrid durante el año 2006 por SÁEZ VARCÁRCEL, en el 64,6% de la muestra las mujeres después de solicitar ayuda decidieron no colaborar con la Administración de justicia tras comprobar cómo funcionaba el sistema¹⁵⁶⁷, es por eso por lo que se “parece que protegemos a las víctimas, en su nombre se hacen los

¹⁵⁶⁴ GARCÍA ARÁN, M.; “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, MUÑOZ CONDE, F.; (Director), en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 89.

¹⁵⁶⁵ CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.; “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 308-309.

¹⁵⁶⁶ DÍEZ PIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, ed. IB de F, Buenos Aires, 2007. P. 147

¹⁵⁶⁷ SÁEZ VALCÁRCEL, R.; “Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social”, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 58, 2007, p. 14

discursos y se planifican las políticas públicas, pero la realidad nos devuelve una imagen diferente¹⁵⁶⁸”. Por tanto, la práctica ha reforzado ciertos estereotipos de las mujeres maltratadas creando unos tópicos sobre la personalidad, los intereses o la imagen de las mujeres maltratadas como; 1) la mujer irracional (que retira la denuncia); 2) La mujer instrumental (que denuncia para quedarse con el piso); 3) La mujer mentirosa (que denuncia falsamente); 4) La mujer punitiva (que provoca a la pareja para que se le acerque) y 5) La mujer vengativa (que quiere castigar más al hombre)¹⁵⁶⁹.

Por eso la estrategia efectiva es aquella que consiste en dar poder y dotar de capacidad a las mujeres para contrarrestar el sistema patriarcal no se alcanza anulando la voluntad de las víctimas, ya sea en las cuestiones relativas al alejamiento o al quebrantamiento, o incluso la obligación de interponer denuncia obligando a actuación en derecho penal, en este sentido la ley integral en este sentido continua en el <paradigma de la victimización>, que simplifica hasta el extremo los conflictos familiares, en particular los relacionados con la pareja, y los reduce a esquemas dicotómicos de amigos y enemigos¹⁵⁷⁰”.

Tradicionalmente, la captura de los problemas de las víctimas del delito por el Estado (sobre todo por el aparato punitivo), ha negado el papel activo de sus protagonistas en la resolución del problema. Por eso partiendo del propio concepto de víctima que acabamos de poner de manifiesto, queda por preguntarse si cabe un papel activo de las mujeres que sufren malos tratos en la resolución del conflicto. Por eso nos gustaría cotejar si las consecuencias jurídicas tipificadas en la actual regulación relativa a la violencia doméstica y de género, desde las medidas impuestas a favor de su protección, permiten o facilitan ese papel activo.

¹⁵⁶⁸ SÁEZ VALCÁRCEL, R.; “Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social”, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 58, 2007, p. 14

¹⁵⁶⁹ LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 312-324

¹⁵⁷⁰ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008, p. 51.

En este sentido, la medida más problemática como ya se ha apuntado es “la decisión político-criminal de obligar a imponer en todo caso la pena de alejamiento cuando de violencia de género se trata, encuentra su razón de ser precisamente en el desmedido protagonismo que en los últimos años vienen ocupando las víctimas en el sistema penal¹⁵⁷¹” (matizamos, que son ciertos grupos de mujeres). Esta medida, en vez de fomentar el papel activo de las mujeres dentro de las redes sociales sigue perpetuándolas en el estado de incapacidad, de inferioridad, de vulnerabilidad, etc, es mejor a los fines que se pretenden, fomentar su papel activo, es decir, empoderar a las mujeres en sus relaciones sociales para acabar con el ciclo en el que en los últimos tiempos nos hemos sumido, por lo que sería interesante promover otro tipo de respuestas, que no sean las estrictamente penales, en la resolución de los problemas de las mujeres, ampliando el abanico con soluciones más eficaces y que conlleven una menor victimización. Además hay que potenciar el uso de otros medios más favorables y dispuestos a las respuestas concisas, pues “las personas que se sienten víctimas de la violencia doméstica deberían conocer que existe, o debería existir, una independencia conceptual muy franca, entre el camino de generar una posible responsabilidad penal, y el de la solicitud de amparo y protección de la sociedad, para que le apoye en su búsqueda de autonomía integral y de no tener el riesgo de nuevas agresiones. Si conseguimos facilitar la adopción de decisiones personales estaremos también asegurando su camino a nuevas cotas de autonomía personal. Si, por el contrario establecemos la “responsabilidad penal” de la persona maltratadora, como objetivo esencial, aun cuando sea lo lógico en una sociedad regida por el Derecho, quizás estemos dejando a muchas personas víctimas de la violencia doméstica sin la opción de su primer paso¹⁵⁷²”.

Por lo general, muchas de las mujeres maltratadas no solo son dependientes emocionalmente de sus parejas, sino que además lo son económicamente. De nada valen las campañas que animan a la mujer a denunciar si tras ello, éstas deben volver a la casa compartida con su agresor. Es importante colocar a la mujer en una situación de poder

¹⁵⁷¹ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2008, p. 341

¹⁵⁷² COBO PLANA, J. A.; “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN., M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 367.

para que pueda afrontar la situación fortalecida, LARRAURI propone una oferta de ayudas provenientes además de la seguridad social, de la indemnización como víctima del delito aunque para ello haya que revisar y poner al día lo dispuesto por la *Ley 35/1995 de Ayudas y Asistencia a las víctimas de los delitos violentos*, que introdujera una partida relativa a las mujeres maltratadas¹⁵⁷³, en concreto la autora propone en primer término reformar el grado de afección a la salud que se exige para poder cobrar esa indemnización¹⁵⁷⁴. Medidas que van en la misma dirección que la de cobrar la Renta Activa de Inserción Mínima por parte de las mujeres maltratadas, cuestión que se ha reflejado en los artículos 27 y 28 de la LO 1/2004, que se corresponden con las ayudas sociales y con el acceso a la vivienda y residencias públicas para mayores. Sin embargo en vez de afrontarse desde aquí, la LO 1/2004 inicialmente acogida de manera satisfactoria, aborda las manifestaciones delictivas de manera meramente punitiva¹⁵⁷⁵.

Por todo ello, compartimos la crítica de que “la nueva ley parte de una postura poco preventiva de este tipo de conflictos y permite una participación interventora de la Administración cuando la mujer ya ha adquirido el status de víctima¹⁵⁷⁶”. En definitiva, en vez de cargar el aparato punitivo contra el agresor, incluso como vemos a la propia víctima, habría que reparar más en las medidas eficaces para las víctimas, de esta manera, DELGADO MARTÍN propone por ejemplo que no tengan que ser las mujeres las expuestas a salir de su rutina y de su vida diaria, teniendo que “escondarse” en casas de acogida, sino que sea el agresor quien cargue con las responsabilidades derivadas de sus actos¹⁵⁷⁷.

¹⁵⁷³ LARRAURI, E.; ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias penales de Costa Rica*, Septiembre 2004, Año 16, núm. 22, p. 9

¹⁵⁷⁴ LARRAURI, E.; ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, *Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias penales de Costa Rica*, Septiembre 2004, Año 16, núm. 22, p. 10.

¹⁵⁷⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; “Ciudadanía, sistema penal y mujer” en GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M.; en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008. p. 206.

¹⁵⁷⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 321-322.

¹⁵⁷⁷ DELGADO MARTÍN, J.; “La orden de protección en las víctimas de violencia doméstica” en *Encuentros <Violencia doméstica>*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 115-116.

En definitiva, pareciera que para fomentar ese papel activo es mejor la denominación de superviviente¹⁵⁷⁸ que la de víctima, pues el concepto “víctima” parece encerrar una negación de toda capacidad derivada de las experiencias vividas y de esa manera parece justificable cualquier medida penal tomada en su nombre.

1. GRUPOS DE VÍCTIMAS

En este epígrafe lo que pondremos de manifiesto es el por qué de la distinción entre la violencia en la pareja (de género) en el ámbito doméstico y la exclusión del resto de tipos de violencia contra la mujer¹⁵⁷⁹; es decir aquellos que se manifiestan en la calle y en el trabajo. Pareciera como si la ley, en contra de su propia finalidad, al referirse tan solo a las mujeres en el ámbito de pareja tendiera a perpetuar ese rol de las mujeres destinadas biológica y culturalmente al ámbito privado, dejándolas fuera del ámbito social, como si allí todavía no fuera importante regularlas porque no están. Por tanto, según se desprende de la propia Ley integral en principio podríamos distinguir dos grupos de víctimas; 1) mujeres en el ámbito doméstico o privado y, 2) en el ámbito social.

Así igual que en el capítulo primero nos referimos a los grupos de riesgo con los que trabajan las estrategias actuariales, y cómo estas estrategias habrían calado en el intento de control del grupo “maltratadores”, ahora nos hacemos eco del calado penal que han tenido los grupos de víctimas en la regulación penal de la violencia de género. En principio la LO 1/2004 no logra desquitarse de lo doméstico pues circunscribe la violencia de género a ese ámbito y, en este sentido la “ley no consigue romper con la tradición penal que ha homologado esta violencia a otras violencias que tienen lugar en el ámbito de las relaciones afectivas... y la inclusión de otros miembros vulnerables de

¹⁵⁷⁸ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 289.

¹⁵⁷⁹ Además sólo la mujer pareja, desconociendo que esa mujer también fue niña y que llegará a ser anciana, más claramente en ACALE SÁNCHEZ, M.; “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género” en FARALDO CABANA, P.; (Dir.) *Política Criminal y reformas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 50-51

la familia sitúa a las mujeres en el universo de las <personas dependientes>, no en el lugar de las personas estructuralmente discriminadas, oprimidas¹⁵⁸⁰”.

Es por eso que no solo hay que distinguir entre el espacio público y privado, sino que además no se puede hacer el análisis de la violencia estrictamente y tan sólo desde el concepto de género, sino que hay otros muchos grupos de factores que incrementan el riesgo de ser víctima de violencia de género, y éstos no son otros más que los que tradicionalmente laten bajo el castigo penal; esto son la pobreza y la marginación¹⁵⁸¹. La doctrina ya se ha pronunciado al respecto y critica la idea promulgada desde las filas del Feminismo más radical, y que han calado en la opinión pública alimentada desde los medios de comunicación con el eslogan de que “víctimas somos todas”, desestimando de esta manera factores importantes que inciden de manera directa en la violencia que sistemáticamente ejercen los hombres contra las mujeres y que son, además del género, los recursos económicos, la situación o no de marginalidad, la educación, etc¹⁵⁸², cuando en realidad, el movimiento feminista no debería perder su carácter reivindicativo a la hora de luchar contra la violencia, por ello, “debería poner todo su empeño en denunciar la injusticia social que está en la raíz de esos fenómenos violentos¹⁵⁸³”. Por tanto, coincidimos con este sector de la doctrina que considera que hay que evaluar más de un solo factor a la hora de proponer soluciones, pues “la excesiva focalización en una causa genérica, la definición de perfiles genéricos de agresores o víctimas, la invocación en exclusiva al machismo o a los papeles seculares del hombre y la mujer en la familia,

¹⁵⁸⁰ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 285

¹⁵⁸¹ Cap. V, II, 2.

¹⁵⁸² LARRAURI, E.; *Criminología crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007, p.37

¹⁵⁸³ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2008, p. 354 en la que afirma igualmente que “existen múltiples factores para reconocer que el riesgo de sufrir violencia no es el mismo en una pareja económicamente acomodada...que en el seno de una familia en paro... la explicación del mayor nivel de riesgo se encuentra en la desigualdad, pero en otra clase de desigualdad: la que surge de la radical injusticia en la distribución de bienes propia de la sociedad capitalista”.

o cualquier otro tipo de generalización, puede ser una fuente de error en la toma de decisiones o respuestas¹⁵⁸⁴”.

Estas cuestiones tienen reflejo en las estadísticas estatales, en las que en los últimos años, con el aumento de la inmigración se están dando muchos casos de las mujeres migrantes que acuden al sistema penal¹⁵⁸⁵. Ante esta situación objetiva, caben dos interpretaciones; bien podemos decir que los hombres que han emigrado a España procedentes de Europa del Este (en su mayoría de Rumanía), o de Latinoamérica (en su mayoría ecuatorianos) o de países musulmanes (en su mayoría marroquíes), son más maltratadores, lo cual de plano es rechazable. O bien, podemos introducir que además del factor género en muchos de estos casos influyen, y de qué manera, otros factores que tienen que ver con el menor bienestar de que disfrutaban estas familias; es decir, la asunción de trabajos que nadie quiere, el menor ingreso, la exclusión social, el menor poder adquisitivo, etc., son factores que no pueden ser minusvalorados a la hora de llevar a cabo este análisis. No queremos decir que los hombres inmigrantes sean más agresivos, pero sí que las condiciones en las que muchos de ellos viven en nuestro país, conduce al igual que en otros aspectos de la propia vida, a vivir más la violencia¹⁵⁸⁶. Aunque por supuesto con esta afirmación no queremos decir que no exista violencia en otros ámbitos.

¹⁵⁸⁴ COBO PLANA, J. A.; “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico forense” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 348

¹⁵⁸⁵ Según los datos del Instituto de la Mujer, las estadísticas de inmigrantes son las siguientes y pueden consultarse en <http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/index.htm#violencia>

| | 2003 | 2005 | 2007 |
|------------------|-------|-------|-------|
| DENUNCIAS | | | |
| Nacionales | 39597 | 43294 | 42264 |
| Extranjeras | 10493 | 16464 | 21083 |
| MUERTES | | | |
| Nacionales | 61 | 37 | 43 |
| Extranjeras | 10 | 17 | 28 |

¹⁵⁸⁶ Más información en LAURENZO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 354-355. También SÁEZ VALCÁRCEL, R.; “Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social”, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 58, 2007, p.15.

1.1. Las mujeres y la especial vulnerabilidad en los tipos con agravantes de género

La cláusula que acompaña a la mujer-pareja, referido a la especial vulnerabilidad que se tipifica en los tipos de violencia de género fue una concesión política de última hora para que la ley fuese aprobada por unanimidad, aunque ha sido terreno de crítica por desvirtuar la propia finalidad de la ley, pues “el consenso de los grupos parlamentarios en la aprobación del proyecto de ley ha obligado a introducir aspectos que pueden dispersar la atención sobre violencia de género, al introducir otros sujetos pasivos de violencia intrafamiliar, los cuales podrán tener una mejor ubicación en la Ley de Protección Jurídica del Menor¹⁵⁸⁷”. En realidad, la introducción de esta perspectiva también ha servido a posteriori, pues también fue válido para que el TC justificara la constitucionalidad de los tipos penales de las agravantes de género.

Una de las muchas preguntas, como ya se ha analizado, que surgen una vez introducida la variable género en el Derecho penal es la de “¿por qué presumir de cualquier mujer la vulnerabilidad y no la autonomía para decidir conforme a sus intereses, aún bajo esas circunstancias? ¿Por qué ese empeño de la ley por infantilizar a la mujer sometiéndola a restricciones más propias de menores e incapaces?¹⁵⁸⁸”. La especial vulnerabilidad que se observa no sólo en el trasfondo, sino ya en la literalidad de estos tipos penales (al comparar mujer-pareja con personas especialmente vulnerables que convivan con el autor), ha sido objeto de crítica por desvirtuar la imagen de la mujer comparándola con personas especialmente vulnerables, y es por eso que desde la reforma de 2003 se criticaba que en el grupo de protección se tratara de igual manera a incapaces, menores y mujeres porque eso significa que “la mujer se mantiene en el imaginario del orden familiar junto al grupo de los vulnerables¹⁵⁸⁹”. La respuesta desde un punto de vista político y social alegan algunos, supone un flaco favor

¹⁵⁸⁷ DURÁN FEBRER, M.; “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Artículo 14 Una perspectiva de género Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 17, Instituto andaluz de la mujer, Diciembre de 2004, p. 12.

¹⁵⁸⁸ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 386.

¹⁵⁸⁹ ASÚA BATARRITA, A.; “Los nuevos delitos de <violencia doméstica> tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre” en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 1, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 205.

a la capacidad de las mujeres, pues es una manera ni siquiera tácita sino explícita de afirmar y recalcar la diferencia entre los sexos débil y fuerte¹⁵⁹⁰.

También se hace referencia a estas cuestiones en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad planteadas en relación al art. 172.2 CP que se refiere al hecho de que solo puedan ser sujetos pasivos del delito las mujeres o las “personas especialmente vulnerables” que convivan con el autor, “previsión ésta que puede suponer una presunción de especial vulnerabilidad en la mujer, contraria a su dignidad¹⁵⁹¹”. Igual pronunciamiento se deslinda del voto particular a la sentencia de constitucionalidad del 153.1¹⁵⁹², en el que el Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas alega que, bajo la filosofía de la nueva redacción del 153 “late en el fondo una superada concepción de la mujer como sexo débil sobre la posición de la mujer ante el Derecho y ante la sociedad”.

En general, la especial vulnerabilidad debe observarse en parámetros objetivos, así como en el epígrafe anterior hacíamos alusión al resto de factores que acompañan al género en el problema social de la violencia, cabe añadir aquí que entonces el colectivo de mujeres inmigrantes padece una especial vulnerabilidad por su situación económica y legal¹⁵⁹³. Pero es un ámbito cuyo análisis excedería los límites de este trabajo, aunque sólo queremos apuntar a que en caso de ser cierta aquella afirmación relativa a que las mujeres inmigrantes acuden al sistema penal porque carecen de alternativas (las mujeres con gran capacidad económica no aparecen tanto reflejadas en las estadísticas oficiales

¹⁵⁹⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, C.; “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de la constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007, p. 14, “me resisto a ver en la agravación del art. 153.1 y en otras homólogas introducidas por la LO 1/2004 un incremento del merecimiento de pena basado en una mayor necesidad de tutela por parte del sujeto activo mujer, pues considero que ello sería tanto como reconocer a ésta una debilidad intrínseca por el hecho de pertenecer a determinado género que no comparto”.

¹⁵⁹¹ Auto de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad planteados por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto del art. 172.2 CP, en la redacción dada por el art. 39 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección contra la violencia de género, resueltas por STC 127/2009 de 26 de mayo

¹⁵⁹² Argumento 4 del Voto particular del Magistrado Don Vicente Martín de Hijas respecto de la STC 59/2008 de 14 de mayo.

¹⁵⁹³ MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 373.

porque tienen otros medios a los que acudir), habría que ver los riesgos a los que se enfrentan, si logran regularizar su situación o por el contrario les espera la expulsión¹⁵⁹⁴. En este sentido serían argumentos que desviarían el problema real, que es la distinta tasa de victimización¹⁵⁹⁵.

Sin embargo la especial vulnerabilidad declarada nada tiene que ver con la imagen de la mujer porque ver si vamos más allá del sexo y nos centramos en el enfoque de género, podemos plasmar esa diferencia estructural que lleva implícita precisamente una opresión y vulnerabilidad de la parte excluida¹⁵⁹⁶. Pero eso no abre la puerta a las decisiones en nombre de la mujer sobre lo que le conviene, sino que esa vulnerabilidad debe combatirse en otras instancias anteriores al Derecho penal, que como ya dijimos vienen sobre todo de las posibilidades del Estado del Bienestar que será desde donde se pueda acudir a ayudas que verdaderamente empoderen a las mujeres.

Mucho hemos debatido en este capítulo acerca de la necesidad o no del Derecho penal y de su conveniencia para atajar estos problemas, y por ende, de la conveniencia o no de un régimen especial de protección¹⁵⁹⁷. Sin embargo parte de la doctrina, lejos de dar una interpretación literal a esa vulnerabilidad ven conveniente interpretarlo desde la perspectiva de la protección penal de la igualdad, “pues lejos de ser un Derecho proteccionista o tutelar que parte de la vulnerabilidad de la mujer, debe ser respetuoso con la dignidad y con el derecho a la igualdad¹⁵⁹⁸”. Así, igual que ocurre en el resto de problemas político criminales de la Sociedad actual el problema de la regulación de la

¹⁵⁹⁴ Un interesante estudio acerca de éstas cuestiones puede consultarse en LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y Violencia de Género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 33-40.

¹⁵⁹⁵ LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y Violencia de Género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 35.

¹⁵⁹⁶ LARRAURI, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, en *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, febrero, 2009, p. 11 donde “desmiente 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”.

¹⁵⁹⁷ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista penal, núm. 18*, julio 2006, p. 180 “soy de la opinión de que la imagen de desvalimiento y debilidad que se transmite con esas medidas de tutela reforzada, no le hace bien a la causa de las mujeres”.

¹⁵⁹⁸ ALONSO ÁLAMO, M.; “Protección Penal de la igualdad y Derecho Penal de género” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 95, Madrid, 2008, p. 42.

violencia doméstica y de género, gira en torno a la idea del riesgo, no sólo en los delitos de malos tratos (caso de la habitualidad), ni en el caso del quebrantamiento donde los jueces o tribunales deberán precisamente cifrar la situación de riesgo en la que se encuentra esa víctima en concreto, sino también en todos aquellos relacionados con las agravantes de género.

Con las medidas penales actuales que han hecho que la mujer quede sometida a lo que el Estado cree que le conviene (la separación obligatoria por ejemplo), al hecho de que las mujeres vuelvan a necesitar un permiso paterno o marital dista no mucho. Con ello no se consigue el objetivo, ya que lo que pretendía ser un giro de 180 grados acaba siendo uno de 360, volviendo al mismo punto de partida al retomar las ideas de incapacidad y de infantilidad reconocidas a las mujeres. El afán victimizador del que hace uso la incapacidad e infantilidad de las mujeres viene dado del empeño de seguir negándoles autonomía sobre lo que quieren o conviene.

Recordemos que desde el año 1999 incluso las faltas de amenazas leves con armas o de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve comenzaron a ser perseguibles de oficio, es decir, que una vez comenzada la acción penal, aun sin mediar consentimiento de la víctima, ésta seguirá su curso. De la estimación de esa especial vulnerabilidad ha derivado el carácter cada vez más público de estos delitos, que “deja sin virtualidad esa naturaleza privada hasta ahora reputada de estos delitos y faltas que exigían denuncia y permitían el perdón del ofendido¹⁵⁹⁹”.

Sin embargo nos quedamos con la visión positiva al respecto y es que se trata de una ley de la que consta buena intención a la causa de las mujeres que no intenta poner de relieve la vulnerabilidad de las mujeres, sino su derecho a salir de la opresión y sometimiento tradicionales a través de medidas que consigan su empoderamiento e igualarla en la sociedad.

¹⁵⁹⁹ MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Iustel, Madrid, 2005, p. 327.

1.2. El Terrorismo doméstico

El llamado Derecho penal del enemigo adquiere su máxima expresión con la figura del terrorista, siendo en los últimos años los delitos relacionados con el terrorismo uno de los objetivos legislativos y que tiene su reflejo en la LO 7/2003 con el cumplimiento efectivo de las condenas a terroristas, medida que puede llegar a constituir una pena de prisión perpetua encubierta porque puede llegar a los cuarenta años (íntegros). Las dificultades, o la imposibilidad, de la adquisición del tercer grado penitenciario por esta clase de presos ha hecho de esta regulación una de las más severas en toda la historia democrática de nuestro país, haciendo tambalear el mal logrado nombre de nuestro código penal de la democracia por el de código penal de la seguridad. Precisamente es el Terrorismo el ícono en nuestro país de delito en el que las garantías propias del Derecho y del proceso penal se han visto más restringidas a raíz de los atentados terroristas del 11 S, y ello en aras a una pretendida seguridad ciudadana con los riesgos que ello implica para las garantías propias del Estado de Derecho.

Una de las denominaciones que también identifican este tipo de violencia es la de terrorismo doméstico. Además es una de las maneras más significativas de comparar la violencia contra las mujeres, con otro de los problemas más fuertes a los que tiene que hacer frente nuestra política criminal en los últimos años. Esta nueva manera de conceptualizar problemas tradicionales de la Sociedad no es privativa de este ámbito, sino que como ya denunciara DÍEZ RIPOLLÉS, “se han puesto de moda calificaciones como las de predador sexual, criminal incorregible, asesino en serie, jóvenes desalmados, que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente¹⁶⁰⁰”.

Son ya muchos autores en la doctrina española los que se han pronunciado al respecto y, de esa manera AMORÓS, va más allá en la terminología y hace uso de uno de los mecanismos más utilizados por los oprimidos en la historia, que es la resignificación¹⁶⁰¹, e incita a la sociedad a hablar y dejar de lado conceptos tan vagos como el de violencia doméstica y a comprender en su lugar el de terrorismo patriarcal,

¹⁶⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La Política Criminal en la encrucijada*, op. cit., p. 75

¹⁶⁰¹ AMORÓS, C.; “Conceptualizar es politizar” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 19

terrorismo sexista y el terrorismo de género¹⁶⁰². En cierta manera, si comparamos ambas realidades en cifras, el terrorismo doméstico se cobra mayor número de víctimas que el terrorismo tradicional en nuestro país en los últimos años, como reflejan las cifras puestas de manifiesto en el primero de los capítulos de este trabajo.

Pero debemos advertir del peligro de esta terminología por las consecuencias que en materia penal puede llegar a perpetuar. El terrorista como enemigo y la discusión sobre si cabe la libertad para aquellos enemigos de la libertad se ha hecho equiparable con el terrorista doméstico, es decir, el agresor que siembra el terror en el hogar en vez de imprimir paz en aquella fuente de control social informal cuyo rol histórico tuvo la familia. De esta manera, hay voces que exigen que al igual que el código penal dispone el cumplimiento íntegro de las penas para el terrorista, así también “en el combate de la violencia machista existen muchas voces que reclaman más Código Penal. La abogada María Pérez Galván entiende que “el que resulte culpable debe cumplir la pena íntegra, no cabe concederle beneficios. Con ello se conseguiría un efecto ejemplarizante y acabar con el bulo de que, aunque te condenen, no pasa nada si no tienes antecedentes¹⁶⁰³”.

La propuesta más seria que hemos encontrado hasta ahora consistente en asimilar el tratamiento de ambos tipos de Terrorismo y está recogida en un Comunicado de Prensa de la Asociación de Juristas Themis de 5 de Septiembre de 2006¹⁶⁰⁴ en el que exigen la introducción en la normativa legal de:

- *“Cumplimiento efectivo de todas las medidas previstas en la Ley Integral, con especial hincapié en la protección de las víctimas.*
- *Tipificación del delito de terrorismo sexista para todos los actos de violencia ejercitados por los hombres contra las mujeres, sus hijos e hijas o sus familiares más allegados.*

¹⁶⁰² AMORÓS, C.; “Conceptualizar es politizar” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 20. Hace alusión al terrorismo doméstico en vez de a la violencia de género en su obra GIL RUIZ, J.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad (L.O. 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 20, 174 y 230.

¹⁶⁰³ El País, 30 de noviembre de 2009, “El riesgo de una legislación preventiva”

¹⁶⁰⁴ Comunicado de prensa: “En defensa de la Ley integral contra la Violencia de Género”, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/opina.htm>

- *Cumplimiento íntegro de las penas que se impongan por los tribunales a los autores de los atentados cometidos por los terroristas sexistas.*
- *Que se introduzca en la normativa vigente la figura delictual de la apología del terrorismo sexista para perseguir todas aquellas actitudes, comentarios y sarcasmos que obedezcan al propósito de minimizar o desalentar a las víctimas en su decisión de denunciar a los tribunales, la violencia padecida, como es el caso de la imputación genérica e irresponsable de tildar de denuncias falsas aquellas que se presentan ante los juzgados denunciando la violencia sufrida.*
- *Que se otorgue consideración de testigo protegido a los declarantes en las causas de terrorismo sexista.*
- *Que en los casos de terrorismo sexista se imponga la supresión judicial automática de toda comunicación del causante del atentado terrorista para con sus hijos que son inevitablemente víctimas directas.*
- *Que toda la normativa estatal y autonómica de ayudas y resarcimientos que en la actualidad corresponden exclusivamente a víctimas del terrorismo político sean en iguales términos para las víctimas del terrorismo sexista¹⁶⁰⁵.*

Nos preocupa que desde diversas asociaciones de mujeres se haya mandado el mensaje de necesidad de reforma de la actual ley de género para convertirla en una más represiva, apostado por la “tipificación de un delito de terrorismo sexista para los actos de violencia ejercitados por los hombres contra las mujeres, sus hijos e hijas por sus familiares más allegados”, también se ha pedido el cumplimiento íntegro de las penas reservadas para estos delitos, incluso la tipificación de la apología al terrorismo sexista; y nos preguntamos qué conductas podrían entenderse como apología al terrorismo sexista, ¿un anuncio publicitario? ¿merece pena de cárcel el productor? Sin embargo hay otras medidas con las que sí estaríamos de acuerdo, que coinciden con aquellas que menos tienen que ver con el endurecimiento penal es decir, con aquellas que se preocupan de dotar de derechos y de recursos a las mujeres que sería la últimas de las innovaciones propuestas.

¹⁶⁰⁵ Comunicado de prensa: “En defensa de la Ley integral contra la Violencia de Género”, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/opina.htm>

Esta manera de entender la persecución de la violencia de género tiene un soporte doctrinal, así GARCÍA VITORIA propone a los órganos estatales impartidores de justicia “a reconocer y tratar, con todas sus consecuencias legales, la violencia doméstica como una forma de terrorismo... aunque sea un terrorismo blanco¹⁶⁰⁶”. Igual concepto es utilizado por el actual Delegado del Gobierno para la violencia de género, Miguel Lorente al señalar “que la valoración del riesgo tiene que centrarse en la peligrosidad de los agresores, no en la vulnerabilidad de las mujeres. Hay que ver hasta qué punto ellos son peligrosos. Algunos son, con todos los matices, como terroristas suicidas, dispuestos a matarse después de conseguir su objetivo. Por tanto, en los casos graves hay que vigilarlos a ellos, controlar que no se acerquen a la víctima¹⁶⁰⁷”.

En realidad, una cosa es comparar dos problemas importantes para nuestra Política criminal actual, y otra tratar que los desbarajustes ocurridos en la legislación antiterrorista despliegue también sus efectos negativos en la regulación de la violencia de género.

VII. EL DERECHO DE LAS MUJERES A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA

Por último, queremos resaltar algo que ya se ha puesto de manifiesto a lo largo de todo el trabajo, pero que creemos merece mención especial. En realidad, la violencia y los demás aspectos que ponen de relieve el desequilibrio de poder existente entre hombres y mujeres no puede destruirse añadiendo a las mujeres a nuestras leyes, sino desde y para las mujeres¹⁶⁰⁸. Para BODELÓN una ley de violencia de género debería de partir del reconocimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia¹⁶⁰⁹. Si todo el esfuerzo, legislativo en este caso, se ha hecho en *pro* de los derechos de las

¹⁶⁰⁶ GARCÍA VITORIA, A.; “El cumplimiento del alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Métodos tecnológicos de control”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 8, 2005, p. 80.

¹⁶⁰⁷ BELAZA, M. C.; “Los hombres las siguen matando”, *El País*, 25 de marzo de 2007.

¹⁶⁰⁸ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas entre la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A. (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 288.

¹⁶⁰⁹ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas entre la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A. (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 290.

mujeres, que menos que comenzar con el reconocimiento del principal; el que les habilita a vivir una vida libre de violencia. La misma autora establece que todos los problemas que ha generado la Ley Integral “la construcción del derecho a una vida, a un Estado y a un derecho libre de violencia patriarcal fue construido por el feminismo tomando como eje de la intervención a la mujer, a las mujeres y no a la familia¹⁶¹⁰, situando esa violencia en el paradigma del Patriarcado, por tanto “la piedra angular del cambio para la construcción de un derecho no androcéntrico debe ser el reconocimiento de que vivimos en sociedades patriarcales y, que por ello, se deben repensar los derechos para visibilizar aquello que nuestras sociedades sexistas han excluido del ámbito de los derechos¹⁶¹¹”.

Mucho se ha especulado con que si en realidad la ley integral y los delitos que introduce tienen que ver con el reconocimiento de un bien jurídico diferenciado y se ha barajado el derecho a una vida libre de violencia como el derecho que lograría realmente empoderar a las mujeres. De *lege data* no es así, pero parece que es lo que al menos late tras la regulación de la Ley Integral. No es un bien jurídico propio, pero sí debe tomarse como una hoja de ruta que debe guiar la regulación jurídica, y entre ellas la penal.

Parte de la doctrina ya se ha pronunciado al respecto, y estiman que tal derecho emana de los artículos 10, 14 y 15 de la Constitución y divide en tres, entre otras, las características que configuran el derecho a vivir sin violencia de género; 1) la centralidad de la mujer, 2) la debida diligencia del Estado en la prevención, protección y sanción y reparación y 3) restitución del proyecto de vida de la mujer que ha sido víctima de este tipo de violencia¹⁶¹².

¹⁶¹⁰ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 286

¹⁶¹¹ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 288.

¹⁶¹² DURÁN FEBRER, M.; “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, en *Revista Artículo 14*, núm. 17, 2004, p. 7.

Si en materia de violencia de género, el mensaje que pretende mandar a la colectividad es que todas las mujeres podemos ser víctimas de violencia de género por el mero hecho de ser mujeres, lo que debería empezar a reconocer nuestro ordenamiento jurídico es el derecho a una vida libre de violencia¹⁶¹³, siendo el objetivo “hablar de derechos de las mujeres ante la violencia de género, más que de derechos de las mujeres víctimas de violencia¹⁶¹⁴”.

Por tanto, en nuestro país no ha fraguado tal propuesta pero sí encontramos en el ámbito Latinoamericano algún ejemplo; es el caso de México que cuenta con la *Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia* cuya última reforma se ha publicado en el DOF a 20 de enero de 2009, pero que en realidad fue aprobada el 1 de febrero de 2007. Esta Ley facilita mecanismos para la prevención, protección y asistencia a las mujeres y niñas para erradicar la violencia en su contra, y prevé la obligación de los órganos de seguridad pública de los estados, municipios y de la Federación para cumplir con esos objetivos.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN; PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

1. RESPECTO DE LOS MALOS TRATOS OCASIONALES DOMÉSTICOS

Según el análisis realizado a lo largo de este trabajo, y centrándonos ahora en el objetivo de empoderar a las mujeres, nos proponemos resumir las medidas penales que no han favorecido tal objetivo, y así poder postular cuál podría ser la medida más favorecedora a tal finalidad.

Comenzamos con la regulación del actual art. 153 CP que fue el pionero en la escalada penal, reflejo del populismo punitivo y los movimientos de Tolerancia cero de las conductas violentas, por el que se distingue un trato penal según los sujetos que concurran. Recordemos que en su apartado 2 se refiere a las personas recogidas en el art. 173.2 CP (exceptuando las mujeres-pareja), y que proviene de la reforma de LO

¹⁶¹³ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 290

¹⁶¹⁴ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho o-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; Género, violencia y derecho, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 290

11/2003, que castigaba con la misma pena de prisión (tres meses a un año) a todos los sujetos contemplados en el art. 173.2 CP (que no distinguía a la mujer-pareja), cuya distinción comienza a partir de 2004 (seis meses a un año). Es por eso que el vigente art.153 CP constituye uno de los más claros ejemplos de Derecho penal expansivo de la sociedad actual¹⁶¹⁵.

| | Art. 153.1 | Art. 153.2 | Art. 617.1 | Art. 617.2 |
|------------------|--|--|--|---|
| conductas | <i>Menoscabo psíquico o lesión no definida como delito, o golpear o maltratar de obra sin lesión</i> | <i>Menoscabo psíquico o lesión no definida como delito, o golpear o maltratar de obra sin lesión</i> | <i>Lesión no definida como delito</i> | <i>Golpear o maltratar de obra sin causar lesión</i> |
| sujeto | Mujer-pareja | Cualquiera de los sujetos del 173.2 excepto la mujer-pareja | cualquiera | cualquiera |
| penas | Prisión 6meses-1 año | Prisión 3meses-1 año | - Localización permanente de 6 a 12 días - Multa de 1 a 2 meses | -Localización permanente de 2 a 6 días - multa de 10 a 30 días |

Según la filosofía que emana del fin preventivo especial que debe guiar la creación, aplicación y ejecución de los delitos, cuestionamos que tal fin pueda ser el que informa el contenido de una conducta de tan escasa entidad, y más bien el castigo que priva de libertad responde a intereses simbólicos de dudosa efectividad como ya dejamos aclarado en otro punto. Se critica precisamente la existencia de penas de prisión de tres meses de duración por excluir tal fin preventivo especial.

Nos interesa conocer estadísticas y encuestas de victimización que nos ayuden a distinguir los casos que pertenecen a uno u otro delito, es decir, qué número de actos pertenecen a los malos tratos ocasionales y cuáles a los malos tratos que reflejan realmente ese entramado patriarcal, los habituales. La cuestión entonces que se plantea es ver si esos distintos comportamientos pueden o no contemplarse dentro del mismo bloque, en realidad pareciera que no si partimos de la referencia que “los malos tratos

¹⁶¹⁵ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2008, p. 41 y ss.

no son actos esporádicos sino que, por el contrario, responden a un comportamiento agresivo o despectivo que se prolonga en el tiempo¹⁶¹⁶”. Por eso no estimamos necesario “el plus de protección” que ofrece la obligación de acudir a la respuesta penal cuando se trate de agresiones ocasionales¹⁶¹⁷, por lo que se hace innecesaria la redacción de este tipo penal¹⁶¹⁸, y en realidad el eje debería ser la habitualidad de la violencia que llega a establecerse como el medio de comunicación habitual en las relaciones de pareja que muestran esas relaciones de poder y subordinación.

Sí hemos encontrado datos respecto de la distinción en la aplicación de las faltas y los delitos de los malos tratos ocasionales¹⁶¹⁹, y efectivamente a partir de 2004 se comprueba un cambio en su aplicación;

| | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | Variac. 03-07 |
|--|--------|--------|--------|--------|--------|------------------|
| MUJERES MALTRATADAS POR SU PAREJA | | | | | | |
| Delitos | 15.464 | 40.518 | 49.237 | 53.551 | 55.618 | 259,66% |
| Faltas | 34.626 | 17.009 | 10.521 | 8.617 | 7.729 | -77,68% |
| MUJERES MALTRATADAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR | | | | | | |
| Delitos | 18.955 | 48.410 | 59.374 | 63.109 | – | – |
| Faltas | 45.092 | 25.730 | 18.882 | 16.773 | – | – |

Resulta lógico el crecimiento experimentado por los delitos en 2004 y la bajada del número de faltas, porque la legislación así lo ha exigido cuando se trata del ámbito de la pareja y del ámbito familiar. En realidad, parece que el legislador ha querido facilitar, incluso eludir la aplicación del 173 CP por la dificultad de prueba del estado de terror propios de las situaciones de violencia en la familia, por la dificultad que entraña

¹⁶¹⁶ ALBERDI, I.; “Cómo reconocer y cómo erradicar la violencia contra las mujeres”, en *Violencia: Tolerancia Cero*, Obra Social, Fundación LA Caixa, Barcelona, 2005, p. 81.

¹⁶¹⁷ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en *INDRET, Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 2007, p. 27, ver la nota al pie 137.

¹⁶¹⁸ LAURENZO COPELLO, P.; “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en *SERTA, In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 834

¹⁶¹⁹ Fuente: Centro Reina Sofía <http://www.centroreinasofia.es/ambitofamiliar.asp>

comprobar tales estados, por eso se decidió castigar con privación de libertad conductas anteriores, lo cual supone una fácil huida al Derecho penal que no responde a las situaciones importantes de riesgo para las personas, es por eso que no podemos advertir efectos positivos de la criminalización de conductas con entidad de falta. Igual que ha ocurrido en 2004 al adelantar las conductas de escasa entidad cuando se trata de la pareja en vez de comprobar ese mayor temor y riesgo de la víctima y el contexto patriarcal, individualizando en cada caso concreto la mejor respuesta penal.

En este caso pareciera que la mejor solución es dejar a los jueces que realicen su adaptación al caso concreto, sin constreñir hasta este punto las medidas aplicables desde las instancias legislativas. Lo importante es que los jueces apliquen en estos casos una perspectiva diferente, una perspectiva feminista y crítica, respetando en todo caso las especificidades de este tipo de violencia, sin que suponga una arbitrariedad judicial más allá de la seguridad jurídica.

2. RESPECTO DE LOS MALOS TRATOS HABITUALES

Tras la aprobación de la Ley de Género, el art. 173.2 CP ha dejado de ser el principal objeto de enjuiciamiento de los jueces, quienes por evitar las dificultades probatorias que de éste derivan, han relegado a un segundo plano su aplicación, siendo con carácter general las condenas por los artículos que la mencionada ley introduce¹⁶²⁰. Sin embargo, el sentido de los actos que hunden sus raíces en la estructura misma de la sociedad, “es en esta permanencia donde radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propia de cada acción individual¹⁶²¹”.

Si desde las primeras manifestaciones de la tipificación penal ya se admitió que el problema no era legislativo, sino judicial, de aplicación, la introducción de los

¹⁶²⁰ Crítica con esta opción se muestra MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en *INDRET, Revista para el análisis del derecho*, núm. 4, 2007, p. 23 “los casos tradicionales de violencia habitual que la nueva regulación ha relegado a un segundo plano de interés y que, sin embargo, hacen explicable- y útil- ese cúmulo de medidas de protección o de cautela que contempla la ley: desde las medidas de alejamiento e incomunicación con la víctima hasta el obligado tratamiento del agresor en caso de suspensión o sustitución de la prisión o en su cumplimiento”.

¹⁶²¹ STS 580/2006 de 23 de mayo en su FJ. 9

maltratos ocasionales “vino a consolidar la tendencia a canalizar las denuncias por malos tratos a través del 153, mucho menos complicado en términos probatorios y acabó por arrinconar definitivamente el delito de violencia habitual, precisamente la figura delictiva que con mayor claridad y consistencia capta las situaciones de riesgo severo¹⁶²²”.

Según datos que facilita el Informe del CGPJ, concretamente de su sección de estadística y llamado *La violencia sobre la mujer en la estadística judicial*, y durante el segundo trimestre de 2009 en los Juzgados de violencia sobre la mujer, los datos relativos a la distribución de los delitos ingresados por tipos, correspondiendo un porcentaje del 62,3% a lesiones y malos tratos del art. 153 CP, y un 12,8% a lesiones y malos tratos del art. 173 CP. Por tanto parece confirmarse tal presunción doctrinal.

No se entiende por qué el legislador no ha introducido precisamente la agravante específica de género en estas violencias habituales.

3. LA IMPOSICIÓN DEL ALEJAMIENTO CON CARÁCTER OBLIGATORIO

Aunque uno de los problemas tradicionales en la violencia doméstica y de género ha sido su aplicación en los tribunales, ello no implica que la solución sea imponer a los jueces lo que deben hacer en todo caso sin opción a medir las características del caso concreto, no parece la solución desconfiar de los jueces y obligarles a imponer en todos los casos la medida o la pena de alejamiento. Entre otros motivos, porque el alejamiento implica al sujeto activo, pero también a la mujer que es objeto de violencia. Una de las razones que institucionalmente se esgrimieron a favor de la elevación de las faltas de maltrato a delito fue que al ser consideradas faltas, estos comportamientos no podían llevar aparejadas medidas cautelares, como la del alejamiento, y por eso urgía considerarlas delito¹⁶²³. Sin embargo, ni siquiera esta

¹⁶²² LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”, op. cit., p. 46

¹⁶²³ Recordemos que fue el propio CGPJ quien ponía de relieve tal carencia mediante Informe sobre la violencia doméstica de la Comisión de estudios e informes del CGPJ aprobado por el Pleno del 7 de febrero de 2001”, en *Actualidad Penal*, núm. 16, 2001, p. 107. Ideas que provienen de este Informe del CGPJ que se comenzó a redactar en 1999 y que finalmente vio la luz en 2001 en el que el citado órgano de gobierno de los jueces establecía que “la experiencia acumulada en los últimos años demuestra que, con frecuencia, las primeras agresiones que se producen en una misma familia, aparentemente

excusa sería concebible hoy, ya que desde la reforma de 2003 (LO 15/2003), en el párrafo 3 del art. 57 se establece que “*también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620*”.

Sea como fuere resulta interesante valorar las ventajas y los inconvenientes de tal obligación desde la perspectiva del empoderamiento de las mujeres, porque en realidad “no toda intervención estatal que pretende favorecer a la mujer acaba redundando en una mejora de su bienestar... pues en efecto, la imposición obligatoria del alejamiento del agresor como pena accesoria y/o regla de conducta durante la suspensión o la sustitución de penas privativas de libertad impuestas a condenados por violencia de género, puede repercutir negativamente en la propia víctima, en particular cuando solo desea el fin de la violencia y no la ruptura de su relación sentimental¹⁶²⁴”. No hay que obligar a los jueces, sino concienciar a quienes enjuician este tipo de violencia de que este fenómeno tiene características propias que le diferencian de otros tipos de violencia y conforme a ese conocimiento saber enjuiciar el caso concreto. Por tanto, tal imposición responde a un tipo de estrategia que “propicia de modo creciente dinámicas de alejamiento y prescinde de las que facilitan la aproximación y la conciliación en la gestión de los conflictos¹⁶²⁵”.

Estrategia que ha comenzado a ser criticada incluso por algunas instituciones pues como resalta el Informe del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial de 2006, la obligatoriedad impuesta al juzgador de tener que imponerla en todo caso, impide ponderar las circunstancias concretas que habrían de tomarse en consideración. Sería conveniente tomar solo en consideración el

carentes de verdadera gravedad por la inexistencia de un resultado material lesivo físicamente apreciable, son por ello calificadas inmediatamente como faltas, no adoptándose al respecto medida cautelar alguna en relación con el agresor, y tampoco otro tipo de medidas de protección de la víctima. Sin embargo, en muchas ocasiones, estas primeras agresiones, sólo en apariencia desprovistas de gravedad, llevan en sí el germen de la violencia”.

¹⁶²⁴ FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p.139.

¹⁶²⁵ SANZ MULAS, N.; “Título IV. Tutela penal”, en SANZ MULAS, N.; GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.; MARTÍNEZ GALLEGU, E.; (Coords.), en *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género, (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 159.

art. 57.1 CP llegando a una resolución más proporcionada “en este sentido, se considera necesaria la desaparición del referido apartado, manteniendo sin embargo el apartado 1 del mismo precepto, de forma que en todos los delitos que relaciona éste, vinculados o no con violencia doméstica y/o de género, el juzgador valore la oportunidad de la mencionada pena accesoria, teniendo en cuenta la totalidad de valores y circunstancias concurrentes (gravedad o entidad del hecho, valoración de la situación objetiva de riesgo de la víctima, voluntad no viciada de la víctima...) ¹⁶²⁶”.

Podemos concluir poniendo de manifiesto que existe una relación perversa entre el sistema penal y la solución a la violencia a la mujer-pareja, sobre todo en relación a la imposición del alejamiento y sus implicaciones cuando se quebranta el alejamiento, de tal manera que “quienes se autoproclaman defensores de las mujeres no dudan en ignorar su voluntad y se empeñan en tratarlas como personas privadas de capacidad de raciocinio. Una actitud rígida y paternalista muy poco coherente con el discurso feminista que desde hace años viene luchando por transmitir a la sociedad una imagen de fortaleza y autosuficiencia de las mujeres, todo lo contrario del victimismo a ultranza que proclama el feminismo oficial, rendido a las falsas bondades del sistema penal ¹⁶²⁷”, lo cual viene a responder a una suerte de “paternalismo punitivo ¹⁶²⁸”.

4. RESPECTO DE LOS DELITOS DE GÉNERO EN GENERAL (2004)

4.1. Las lesiones y los malos tratos ocasionales de género

Si ya criticamos la anticipación de las barreras penales en 2003 tampoco vemos cómo justificar la intromisión un año después del apartado 1 del 153 referido a las mujeres pareja. Resulta interesante hacernos eco aquí de otro estudio que refleja

¹⁶²⁶ “Informe del Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan”, documento de 2006 que puede consultarse en la p. 15 y ss del informe en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/pjexaminarinforme.html&TableName=PJINFORMES&dkey=382>

¹⁶²⁷ LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 343.

¹⁶²⁸ Sobre el Paternalismo punitivo, ver LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

precisamente el uso abusivo del art. 153 dando por hecho que casi todos los casos que entran en los juzgados son maltratos ocasionales y no habituales. Así según este “estudio realizado por el observatorio a través de 530 sentencias de Audiencias provinciales, la mayoría de las condenas se dan por maltrato ocasional (59%), seguido de amenazas y de quebrantamiento de la pena o la medida cautelar de alejamiento. <Se ha mejorado en la percepción de peligro, y que las mujeres denuncien a la primera vez de soportar una relación instaurada de fuerza>, asegura Consuelo Abril, presidenta de la Comisión para la Investigación de Malos Tratos a Mujeres, que indica que en estos años se ha conseguido que el tiempo medio que la mujer aguanta al maltratador pase de siete a cinco años¹⁶²⁹”. Esto nos indica que efectivamente el ejercicio de violencia habitual se ha visto desplazado por la aplicación de los delitos de violencia ocasional, y ésto lejos de dar solución a los casos reales de subordinación, se traduce en un perjuicio para las mujeres porque no se les da la posibilidad de que se investigue su real situación de violencia.

En definitiva, con la entrada en vigor de los delitos de las agravantes de género, el legislador ha facilitado a los jueces el enjuiciamiento de ciertos delitos, pero no ha avanzado en una seguridad real para las mujeres, sino más bien al contrario, las empuja desde el primer episodio leve de violencia hacia el sistema penal. Como decimos, al elevar a la categoría de delito, conductas que por su escasa lesividad nunca deberían haber abandonado el ámbito de las faltas, se ha facilitado el enjuiciamiento y la prueba de estos tipos penales, que al no ser faltas, le son aplicables las penas previstas en el art. 48 CP, además de manera obligatoria según lo establecido en el art. 57.2 CP. Pero han quedado en un segundo plano los episodios violentos realmente graves, que son las violencias continuadas, confirmando las peores predicciones de la ley integral, pues con ella se ha consumado “la tradicional inhibición de los jueces por investigar y detectar esas situaciones graves de violencia-continuada- gracias a la facilidad que se les ofrece de acudir, con la primera denuncia, a la aplicación de un delito de malos tratos físicos o psíquicos¹⁶³⁰”. Por tanto con las últimas reformas no se ha avanzado en la investigación

¹⁶²⁹ El País 2 de enero de 2010 “Las muertes por violencia machista descienden casi un 40% en 2009. La ley cumple cinco años con retraso en las medidas sociales y educativas”.

¹⁶³⁰ MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 388

de los casos reales de violencia y en su solución, sino al contrario, se ha desechado esa investigación acudiendo a la huída al Derecho penal.

Respecto de las lesiones, el aumento de pena es considerable y habría que saber de qué manera los tribunales aplican estas lesiones a la mujer pareja dentro del ámbito familiar en atención al resultado causado o al riesgo producido. En realidad, tal endurecimiento quedaría en simbólico si debido a sus dificultades de prueba este quedare inaplicado, con lo cual diríamos que también sobran dichas redacciones por no favorecer el fin último de empoderar a las mujeres.

| | Art. 147.1 | Art. 148.4 | Art. 148.5 |
|-----------|--|--|--|
| conductas | Lesión que menoscabe la integridad corporal o su salud física o mental | Lesión que menoscabe la integridad corporal o su salud física o mental (atendiendo al resultado causado o al riesgo producido) | Lesión que menoscabe la integridad corporal o su salud física o mental (atendiendo al resultado causado o al riesgo producido) |
| sujetos | cualquiera | Mujer-pareja | Persona especialmente vulnerable que conviva con el autor |
| penas | Prisión de 6 meses a tres años | Prisión de 2 a 5 años | Prisión de 2 a 5 años |

4.2. Las amenazas y coacciones leves de género

Dos son los problemas desencadenados por la actual regulación de las amenazas en los apartados 4 y 5 del art. 171 CP referidas a la reforma de la LO 1/2004. Concretamente las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en el ámbito doméstico tampoco son creación de la LOMPIVG, sino de la LO 11/2003 las incluyó en el art. 153.1 CP junto con los malos tratos de obra. Lo que hace la LOMPIVG es elevar a delito las amenazas leves (sin armas en este caso) cuando vayan dirigidas a la mujer-pareja (art. 171.4), al igual que las coacciones leves (art. 172.2). Si no estamos de acuerdo con la existencia del art. 153 por su falta de aportaciones a la causa de las mujeres, tampoco es solución tratar como delito las amenazas y coacciones leves al no incidir en las causas de de la violencia de género, y por el contrario genera una huída al Derecho penal que poco favorece a las mujeres por varias razones.

En primer lugar resaltamos la escasa entidad de las amenazas no constitutivas de un mal, unido al olvido de por qué no aplicar la agravante de género las realmente graves (del art. 169 CP). Al igual que de las coacciones leves.

En segundo lugar, no se entiende de acuerdo a la filosofía de la ley la técnica legislativa que castiga al maltratador que amenaza de modo leve a la mujer pareja, sin mencionar la utilización de armas o análogos instrumentos peligrosos, y sin embargo tipifique las amenazas leves con armas a las personas del 173.2 excluyendo de la protección a las mujeres pareja. Podría llevar a entender que las amenazas leves con armas a la mujer pareja deberían llevarse por el 620.1 CP y las amenazas leves sin más por el 171.4 CP, lo cual es insostenible por contradictorio.

Igual reproche respecto del tratamiento de las coacciones leves como delito en vez de como falta en aras a poder aplicar medidas cautelares como el alejamiento, merece una opinión también desfavorable, por provocar esa huida hacia el Derecho penal y las implicaciones que puedan llegar a tener para la propia vida de las mujeres.

4.3. El quebrantamiento de condena

Sólo aunando de alguna manera los argumentos expuestos a lo largo de este trabajo como la escasa lesividad de las conductas recogidas en los artículos analizados en el capítulo IV relativos a la violencia de género, y el carácter público de los delitos, sumado a la obligación recogida en el art. 57.2 CP, etc., estaremos en disposición de intentar dar respuesta a la problemática del quebrantamiento de una forma más racional a la que se recoge actualmente en el código penal. Lo cierto es que castigar con privación de libertad una sola bofetada alegando que es el primer aviso del agresor como futuro maltratador y que este hecho refleja relaciones de poder y subordinación quizás sea ir más allá, unido a los problemas que emanan del propio funcionamiento del engranaje penal. Las posibilidades de que la pareja tras ese episodio leve de violencia decida seguir la relación son altas, pero ya lo harán quebrantando una medida cautelar, incluso una pena de alejamiento. Por tanto el carácter público del delito, la obligación del alejamiento y el quebrantamiento están íntimamente unidos, negando bajo amenaza de pena privativa de libertad cualquier tipo de convivencia de la pareja.

La propia FGE, tras la reforma de LO 15/2003, se percataba de las dificultades que conllevaría la aplicación sistemática del alejamiento en la Circular 2/2004 de la propia FGE; “a la vista de la amplitud de los tipos abarcados en los arts. 153 y 173.2 CP, ha de recordarse que los mismos abarcan supuestos leves de violencia aislada o episódica, por lo que teniendo en cuenta tanto la obligatoriedad de solicitar e imponer la pena de prohibición de aproximación con independencia de la voluntad de la víctima como la constatada existencia de supuestos de reconciliación sobrevenida y deseo de reanudar la convivencia (o incluso supuestos de voluntad de continuar una convivencia en ningún momento interrumpida), en tales casos, debidamente ponderadas las circunstancias concurrentes, los Sres. Fiscales podrán informar favorablemente o promover de oficio peticiones de indulto parcial en relación con la pena de prohibición de aproximación, solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la misma conforme al art. 4.4 CP con el fin de evitar la a todas luces anómala situación que podría derivarse de una separación forzosa imperativa y contraria a la voluntad de los aparentes beneficiarios de la medida de protección”¹⁶³¹”. Y en la Memoria 2005 corrobora lo anterior como una solución acertada y que apela al sentido común proponiendo que se añada a la redacción del art. 57, es decir a la obligación de imponer el alejamiento que “*no obstante, el Juez o Tribunal sentenciador podrá dejar de imponer tal pena en supuestos excepcionales*”¹⁶³².

Respecto si debe o no debe valorar el juez el pronóstico de peligrosidad en el agresor, estamos totalmente de acuerdo en que sí, sí debe comprobar el riesgo que existe para la mujer-pareja, pero aún así no se explicaría el por qué el Estado y sus instituciones llegado el caso, podrían corregir la voluntad de una mujer obligándola contra su deseo, a estar separada de su compañero. Pero para ello también tiene especial relevancia hacer formar una conciencia en los jueces que se enfrentan a estos casos por las diferencias con otros casos.

¹⁶³¹ Circular 2/2004 de FGE sobre aplicación de la reforma del código penal operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, p. 36-37, en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?buscador=0&c=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&language=es&newPagina=11&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorArchivoDocument

¹⁶³² Memoria de la FGE 2005 Capítulo IV, Propuestas de reformas legislativas, p. 602, en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1242051781488&language=es&pagename=PFiscal%2FPage%2FFGE_buscadorArchivoDocument.

En realidad si tomamos de referencia el bien jurídico de la Administración de justicia estamos de acuerdo en que se trata de un bien jurídico indisponible. Por tanto podríamos distinguir dos situaciones para la posible solución; Una primera en la que la actuación del juez debería volver a ser facultativa al imponer la pena de alejamiento y no obligatoria, es decir, una vuelta a la situación anterior a la LO 15/2003, suprimir el apartado 2 del art. 57 dejando vigente el primero que faculta a los jueces pero no les obliga a imponer el alejamiento del art. 48 CP. Incluso actuando antes, como parte de la doctrina propone, negando la consideración del delito como público y estableciéndolo como semi-público¹⁶³³, dejando un papel activo al propio sujeto pasivo. O una segunda opción sería la de mantener la obligación pero facilitar al juez ex-post algún mecanismo de poder revocar una sentencia o poder sustituirla por otro tipo de pena, o estimar la institución del perdón del ofendido como proponía la FGE (petición del indulto parcial y la suspensión de la ejecución del alejamiento).

Dentro de esta segunda opción podríamos recoger la opción manejada por MONTANER FERNÁNDEZ que propone la reformulación de la redacción del apartado 2 del 468 como delito especial propio del que solo pueda responder el condenado, u otra opción según la autora sería la de hacer depender la imposición del alejamiento de la existencia objetiva de peligro para la víctima, lo cual exige cambios en sede de bien jurídico, que fuera la indemnidad de la víctima, con lo cual se exigiría su cambio de reubicación sistemática¹⁶³⁴.

Respecto al valor del consentimiento, VALEIJE SÁNCHEZ establece que los dos únicos argumentos capaces de hacer validar el consentimiento de la víctima ante el alejamiento impuesto como pena con la impunidad de esa conducta son: 1) “la ausencia de proporcionalidad de la respuesta penal¹⁶³⁵”, debido a que al obligar al juez el art. 57.2 a imponer en todo caso la pena accesoria de alejamiento está impidiendo una concreta

¹⁶³³ LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 317.

¹⁶³⁴ MONTANER FERNÁNDEZ, R.; “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre, 2007, p.22.

¹⁶³⁵ VALEIJE SÁNCHEZ, I.; “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. XXVI, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 349

individualización propia del Derecho penal, y 2) “su innecesariedad o inidoneidad por falta de gravedad o peligrosidad del concreto injusto típico”¹⁶³⁶, ya que las conductas a las que va referida ese quebrantamiento eran consideradas faltas anteriormente a la ley de 2004, lo que indica su escasa lesividad, con lo cual resulta innecesario el castigo con pena de prisión en caso de quebrantamiento.

Coincidimos con MAQUEDA ABREU cuando expone la solución más contundente y alentadora de todas exigiendo que la voluntad de la mujer debe ser determinante a la hora de imponer o no medidas de alejamiento¹⁶³⁷. En realidad, punto central es respetar la voluntad de las mujeres, pero también la confianza en quienes aplican la ley. Ha de confiarse en las resoluciones de los jueces, y dejar el margen para que sean ellos en la previsión judicial los que estimen la necesidad o no de determinadas medidas y que no se prevea legislativamente con carácter obligatorio para todos los casos¹⁶³⁸. Por eso de entre todas las opciones que ofrezcan un mayor margen a la voluntad de las mujeres establecemos necesario derogar la obligatoriedad del alejamiento para el juez (art. 57.2 CP). Y una vez que el juez lo estime necesario ante el riesgo de la mujer, en caso de quebrantamiento, lo primero debe distinguirse el castigo en función si se trataba de una medida cautelar o si era una pena. En el primer caso no debería concurrir el delito (de quebrantamiento), y en el segundo caso no debería hacerse responsable a las mujeres.

Como hicimos mención a la hora de enumerar a los sujetos intervinientes en el delito de quebrantamiento de condena, es uno de los claros ejemplos de paternalismo jurídico de nuestro Derecho penal actual que con el fin de proteger a las mujeres, acaba por anular su capacidad de decisión en base a lo que el Estado cree que les conviene. Por eso es por lo que se puede afirmar que las mujeres han pasado del penoso permiso

¹⁶³⁶ VALEIJE SÁNCHEZ, I.; “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios penales y criminológicos*, núm. XXVI, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 349.

¹⁶³⁷ MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia de género; entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 8, 2006, p. 10.

¹⁶³⁸ Sobre la confianza en los jueces, ver DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; en *El País*, 18 de noviembre de 2009, “No todo vale contra la violencia de género. El Congreso modera su propuesta de endurecer la ley. Plantea que todos los condenados por maltrato pierdan la custodia de hijos, pero no las visitas. Contra la lacra, no basta el código penal”.

paternal o marital a “necesitar” del apoyo y medidas estatales aun en contra de su voluntad.

4.4. Especial régimen para suspender y sustituir la pena

Respecto de la introducción de un especial régimen para las personas condenadas a privación de libertad por alguno de los delitos de violencia de género, debe criticarse que para alcanzar alguna de las alternativas a la entrada en prisión, el legislador haya predispuesto la necesidad de cumplir unas medidas especiales. De esta manera, en estos casos, la persona a la que se le va a suspender (art. 83 CP) la pena privativa de libertad, debe el Juez o Tribunal condicionarla *en todo caso* al cumplimiento de:

- prohibición de acudir a determinados lugares
- prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal o de comunicarse con ellos
- participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

Y que para el caso de la sustitución de la pena privativa de libertad, cuando se trate de delitos de género, deberá siempre ser sustituida la pena privativa de libertad por la de trabajos en beneficio de la comunidad (y tras la LO 5/2010 también la localización permanente) y además deberá condicionarse al cumplimiento de imponer la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico y a las *observancia* de:

- prohibición de acudir a determinados lugares
- prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal o de comunicarse con ellos

Lo primero que llama la atención es por qué en el primer caso debe imponer *en todo caso* las tres obligaciones o deberes, y en el segundo el juez debe imponer el tratamiento y debe *observar* el resto de medidas de alejamiento. No se entiende por qué no unificar las medidas.

Tampoco se entiende qué tipo de terapia es la que debe establecerse porque no lo especifica, y lo que es más grave, por qué si se obliga a una terapia, que podría ser

compatible con la continuación de la convivencia en caso de que la pareja quiera, se obliga al mismo tiempo al alejamiento impidiendo de nuevo que la pareja decida. Una vez más, el legislador apuesta por negar la posibilidad de convivencia, criminalizando nuevamente el espacio íntimo de la pareja.

4.5. El art. 23 de la LOMPIVG

El art. 23 de la LOMPIVG exige la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras y establece lo siguiente;

Las situaciones de violencia que den lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

Es decir, que si la mujer no acude a un tribunal nunca va a obtener una orden de protección y si ella no puede acreditarse una situación de violencia que de acceso a los derechos que se desprenden de la LOMPIVG. Este artículo supone insertar a la víctima en el Derecho penal para lograr el acceso a los derechos sociales que la ley plantea, es por eso que es “un paso más en la infatigable carrera por dejar en manos de Derecho penal la solución de cuantos conflictos se plantean en la sociedad¹⁶³⁹”. Es una medida incorrecta a los fines de empoderar a las mujeres, ya que para conseguir algún tipo de medida social deben pasar primero por el sistema penal, y además, aunque con las últimas campañas se ha animado a las mujeres a que denuncien, todavía son mayoría aquellas mujeres que no dan el paso¹⁶⁴⁰, o si lo dan, terminan por retirarla cuando conocen el funcionamiento del proceso penal¹⁶⁴¹, por lo que nunca llegarán a conseguir tales beneficios o medidas sociales¹⁶⁴².

¹⁶³⁹ LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y Derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo”...op. cit., p. 51

¹⁶⁴⁰ El País, 3 de enero de 2009, “La violencia machista origina más de 400 denuncias machistas al día. Los jueces piden que se comunique a la víctima si el agresor sale en libertad”, donde se asegura que cerca de medio millón de mujeres no se atreven a acusar pública y oficialmente a su compañero.

¹⁶⁴¹ El País, 25 de agosto de 2009, “Aumentan las víctimas de violencia machista que retiran la denuncia. El 44% de los casos en los que la acusación no sigue adelante es porque la mujer se arrepiente. El Ministerio Público y el Consejo General del Poder Judicial piden cambiar la ley para evitarlo”.

Reflexión final

El análisis dogmático de los tipos penales relacionados con la violencia doméstica y de género ha puesto de manifiesto problemas que responden al tratamiento político criminal dado al fenómeno; es el caso de la habitualidad en el ejercicio de la violencia cuasi-doméstica y de las agravantes específicas de género, que son los grandes ejes de la política legislativa en la materia de los últimos años. Por eso en este capítulo hemos comprobado si haber llevado esas cuestiones a una Ley penal ha favorecido el fin último de cualquier Política criminal de género, que no es otro que el empoderamiento y capacitación de las mujeres.

Estamos de acuerdo con que la Sociedad patriarcal ha permitido el uso de la violencia para perpetuar el *status quo*, y para combatirlo la teoría feminista ha interpretado la realidad configurando el género como una estructura de poder. Por otra parte, además del Feminismo, el continuo bombardeo mediático al que es sometida la opinión pública ha generado una conciencia de opresión y ha puesto de manifiesto la gravedad de unos hechos que en el s. XXI no deberían existir, esto es, las agresiones que de manera sistemática han ejercido los hombres sobre las mujeres en el espacio doméstico para perpetuar los privilegios que les otorgó la Sociedad patriarcal. Pero además de estos aspectos positivos venidos de la visibilización de los malos tratos a mujeres, el maltrato se ha transformado en un miedo social. De esta situación se deslinda la aparición de varios miedos; miedos que pueden afrontarse desde la perspectiva de la víctima pero también desde la del sujeto activo. Desde la perspectiva de las mujeres distinguimos dos tipos de miedos; el primero tiene que ver con su arrinconamiento y control masculino (el propio miedo) y, el segundo de ellos se manifiesta en el plano social con el miedo a la denuncia. Desde la perspectiva del agresor, su miedo se ha fraguado al hilo de la independencia económica de las mujeres traducido en el temor a perder su posición privilegiada en la Sociedad.

Estos miedos han sido aprovechados con fines de seguridad ciudadana y se insertan dentro de una política securitaria global que impera en la actual Sociedad del Riesgo.

¹⁶⁴² Ampliamente LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, p. 104-105.

No estamos en contra de una intervención del Estado sino todo lo contrario, pero es la extralimitación en sus funciones lo que nos preocupa, ya que puede invertir las finalidades establecidas de partida. Ese es el inconveniente de una Política criminal alumbrada a raíz de que tocan la luz pública todos estos hechos; confiar de manera casi única en el ámbito penal para la resolución de estos conflictos, permitiendo que el miedo a ser víctimas de un delito justifique la existencia de políticas de control.

Esta situación ha acabado por debilitar aún más la autonomía y capacidad de decisión de las mujeres, por no mencionar el trato que ha deparado a los sujetos activos. Por tanto, como en tantos otros ámbitos sociales también “de moda” gracias a los medios de comunicación, el miedo al agresor ha desembocado en políticas de control social que han afectado sobremanera al ámbito de libertades de las mujeres. No han faltado las voces que acallen los miedos y que exigen la intervención del aparato punitivo para sofocar cualquier chispa que genere inseguridad; cuestión controvertida por su poca eficacia y su alto coste en garantías. Antes del Derecho penal (que es la *ultima ratio*) deben probarse medidas de ámbitos menos lesivos, y es por eso que valoramos positivamente la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pues esta ley establece varias medidas en diferentes ámbitos, pero acudir de primeras a la búsqueda de soluciones penales supone una prohibida huída al Derecho penal que hay que tratar de evitar. El desatino que supone atajar este problema social a base del recurso indiscriminado al Derecho penal ya era puesto de manifiesto por Carol SMART al afirmar que el Derecho penal ha sido tradicionalmente un instrumento patriarcal. Por eso no sorprende la aparición de los delitos de violencia doméstica para en verdad, hacer frente a las denuncias de mujeres en el ámbito de la pareja en el código penal de 1989, pues es reflejo de que el concepto de ciudadana se configuró desde la familia y no desde el concepto de mujer, enfocándose además desde el paradigma de la seguridad.

Ante esta situación el propio Feminismo se encuentra dividido, y ha sido el denominado Feminismo oficial el artífice de las reformas penales en la materia, apostando pues por la utilización del Derecho penal como instrumento de combate contra la violencia de género. Sin embargo, otra parte del Feminismo, el denominado Feminismo Crítico, sin desestimar el potencial legislativo prefiere optar por valorar las causas reales de la subordinación femenina alegando la necesidad de políticas sociales,

no sólo criminales. Por tanto, en este análisis no hay que valorar sólo la variable género, sino que resulta igualmente importante el estudio de otros factores como la situación económica y social de cada mujer en concreto y así advertir el riesgo real de sufrir esa subordinación; ahí radica su principal diferencia con el Feminismo oficial, la de repensar el recurso indiscriminado al Derecho penal.

Mucho se ha especulado sobre la nueva ley de género y la infracción de ésta a varios de los principios informadores del sistema penal como el de proporcionalidad, culpabilidad e igualdad, que en verdad no quedan infringidos en bloque pero sí hay atisbos de algunas medidas contrarias. Por ejemplo, respecto del principio de proporcionalidad, efectivamente no tiene sentido la elevación de los malos tratos ocasionales a delito cuando se dan en el ámbito cuasi-doméstico o de pareja, aunque el TC ya se haya pronunciado al respecto estableciendo infundados cualesquiera dudas de proporcionalidad atendiendo a la escasa diferencia punitiva establecida y sobre todo porque la propia ley depara alternativas a la pena de prisión y esa es la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Otra cuestión, más allá del respecto a la proporcionalidad es comprobar si la conversión a delito de tales conductas resuelve el problema de la violencia de género, que es lo que no compartimos. Sin embargo sí puede observarse falta de proporcionalidad en la obligación del alejamiento del art. 57.2 CP impuesto en cualquier caso sin atender al caso concreto. Respecto del principio de culpabilidad, el aspecto más criticable ha sido construir la agravante específica desde el sujeto activo, sin embargo hemos partido aquí del sujeto pasivo, no del activo. El punto clave vuelve a estar en el art 57.2 CP aplicandolo a todos los casos sin distinción. Mucho se ha criticado también la ley desde el principio de igualdad, es decir, aquello tan repetido en la calle, de por qué cuando un hombre golpea a una mujer es más severamente castigado que cuando es una mujer la que actúa de esa manera. La mayoría de las respuestas dadas se han analizado desde el Derecho discriminatorio, tratando de descifrar si tal distinción responde a medidas de discriminación positiva o a acciones positivas, cuando en realidad la respuesta a ese distinto trato punitivo parte de la idea del riesgo implícito en las relaciones entre autor y víctima debido no tanto a motivos de discriminación sino a las relaciones de poder y de subordinación de carácter estructural.

Después de matizar aquellos aspectos es conveniente desembocar en la Política Criminal de Género actual que es heredera de una Política criminal que construyó el

concepto de ciudadana desde la familia y no desde el concepto de mujer, por ello hasta 2004 no se ha hecho referencia a la violencia de género y con anterioridad lo que se barajaba era la violencia doméstica, confundiendo la esencia de esa violencia con el ámbito donde era ejercida. Una vez reconocida la necesidad de la respuesta penal en este ámbito, no vale abordarlo de cualquier manera, una de las principales críticas que puede hacerse a la actual regulación es que se empuja a las mujeres al sistema penal desde el primer momento para vencer el miedo que tradicionalmente han manifestado las mujeres a denunciar. Así actualmente y según el art. 23 de la LOMPIVG sólo mediante la denuncia podrán obtener el acceso a medidas de tipo social, ayudas y demás. En verdad el Feminismo además de su papel crítico debe promover su función de creador de derechos, y olvidar la engañosa solución que ofrece el recurso al Derecho penal como única respuesta.

Además, hay quienes ven características del Derecho penal del enemigo en la legislación de género al establecerse un dispar tratamiento penal; uno para sujetos innominados y otro para las relaciones de pareja. En este sentido uno de los elementos clave vuelve a ser la habitualidad y su estimación como elemento subjetivo o aspecto interno del sujeto activo, cuestión que descartamos, pues la habitualidad que esgrime el art. 172.3 CP debe desprenderse de los actos y no de su autor.

Lo que sí ha calado en la materia han sido las políticas de Tolerancia cero ante el maltrato y que han hecho revivir políticas actuariales en el control del delito y han acabado por criminalizar todo el entorno de la pareja y, una vez más vuelve a ser criticable que con el fin de suspender y sustituir la pena privativa de libertad una de las condiciones sea participar en programas formativos, lo cual puede favorecer la convivencia, sin embargo, al ser también condición la del alejamiento, vuelve a anularse tal posibilidad. Además, si los *media* han sido los artífices en la visibilización de estos hechos, también han sido los encargados de confundir opinión pública con opinión publicada y ésta ha acabado por ser opinión legislada y, el resultado ha sido la tipificación de conductas de tan baja entidad que poco muestran esa subordinación patriarcal y que responden al populismo punitivo, o en el caso de la violencia de género, al paternalismo punitivo, ya que las medidas de protección que se han adoptado han acabado por restringir la autonomía y capacidad de decisión de las mujeres, obligadas a

alejarse de su agresor bajo amenaza de pena de prisión por quebrantamiento, por ejemplo.

Otra de las características propias del Derecho penal del enemigo es el Derecho penal de autor, que descartamos aquí porque partimos de la construcción de estos delitos desde el sujeto activo y desde los hechos imbuidos de elementos que reflejan la subordinación y las relaciones de poder existentes de los hombres respecto de las mujeres. Además partimos de un autor “normal” en el que habrá que comprobar en cada caso concreto si concurren casos de inimputabilidad o semi-imputabilidad, como es el caso de consumo de alcohol por ejemplo. Partir de que el agresor es un alcohólico o un enfermo mental supondría justificar su conducta de antemano, por eso no estamos de acuerdo con la propuesta de reforma que pretendía establecer como agravante en cualquier caso la concurrencia de alcohol cuando de hechos en la pareja se tratase.

Partir de que las agravantes de género se construyen desde el sujeto activo no implica una presunción *iuris et de iure* que confirme que siempre que un hombre golpea a una mujer lo haga en base a las relaciones de poder y subordinación. Por eso es criticable que los actos ocasionales hayan pasado a constituirse como delito porque es en el marco de la habitualidad donde mejor se comprueban esas relaciones de poder.

Es criticable que esta Política criminal de género avance hacia la criminalización de más conductas relacionadas con el ámbito de la pareja. Una vez más el Feminismo oficial propone expandir el ámbito de lo punible, y así, para evitar que la mujer retire la denuncia o se niegue a acudir al juicio oral, se propone tanto por la FGE como por el Observatorio estatal de violencia que la mujer que actúe así pueda ser castigada por desobediencia grave, lo cual se traduce una vez más en la negación de la racionalidad y autonomía de las mujeres. Ha habido propuestas de reforma que han intentado seguir este efecto criminalizador apostando por la introducción de más conductas como el delito de desobediencia grave, o delitos de omisión de perseguir delitos contra la violencia de género, omisión del deber de impedir delitos contra la violencia de género y omisión del deber de denunciar delitos contra la violencia de género, así como incluso el de terrorismo sexista, es decir; apostando por el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, la tipificación del delito de terrorismo sexista, la apología al mismo, etc. Cuestiones y proyectos que nos preocupan y con los que no estamos de acuerdo, pues

sería seguir invadiendo el ámbito de lo doméstico y de la pareja. En vez de criminalizar más conductas y más ámbitos relacionados con la pareja, el Feminismo en este caso debe comenzar a proveer de derechos a las mujeres, empezando por el derecho a una vida libre de violencia.

Si todavía ese endurecimiento de la ley penal hubiere puesto límite a las cifras de la violencia de género dejaríamos de manejar el efecto simbólico para apreciar el carácter instrumental de las últimas leyes. Pero en verdad, pocos son los estudios que versan sobre el impacto de las últimas reformas en la disminución de violencia y su tratamiento en los tribunales; si efectivamente la LO 11/2003 y la LO 1/2004 han supuesto un endurecimiento y un incremento de la población carcelaria. La realidad es, que los jueces que aplicaron la ley de 2003 optaron por la prisión en un 82,6% de los casos, mientras que los que han aplicado la ley de 2004 lo han hecho en un 60,8%, siendo más utilizada en esta ocasión la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que en 2003¹⁶⁴³, por lo que lejos de endurecer la pena privativa de libertad, se han aplicado alternativas predisuestas en caso de delitos relacionados con la violencia de género.

Por último quisiéramos poner de manifiesto los efectos perversos del propio concepto de “víctima” para referirnos a las mujeres sometidas a violencia, cuestión importante para no caer en el paradigma de la victimización, ya que el problema se ha desplazado desde la opresión (que denuncia una realidad estructural), a la de víctima (que es individual), por eso en vez de utilizar el concepto víctima, es preferible a los efectos de empoderar el de superviviente¹⁶⁴⁴, pues desde aquí es más fácil augurar un papel activo a las mujeres en la resolución de los problemas.

Empoderar a las mujeres a través de la concesión y disfrute de derechos y su pleno ejercicio es la solución. La clave está en no abusar del populismo punitivo que no lleva más que a efectos simbólicos que pierden de vista el carácter instrumental del Derecho penal, y dejar la utilización del mismo sólo para los casos más graves. Sin una apuesta

¹⁶⁴³ ANTÓN GARCÍA, L.; LARRAURI PIJOÁN, E.; “Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas”, en *Revista Española de investigación criminológica*, Artículo 2, núm. 7, 2009, p. 13.

¹⁶⁴⁴ BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 289.

fuerte que desarrolle los sistemas de control primario (educación en igualdad en las escuelas y en la familia), seguiremos obteniendo pocos resultados en materia de menor índice de violencia contra las mujeres. Y sin unos presupuestos que doten de real protección a las mujeres que ya han sido maltratadas porque todas esas instancias de control anterior han fracasado, tampoco estaremos avanzando por el camino adecuado¹⁶⁴⁵.

Entre todas las medidas que propone de la LOMPIVG sigue reinando la utilización del Derecho penal, y por eso el debate entre garantías y eficacia retorna en una falacia, pues se convierte en un sistema donde nadie gana y en el que por tanto, todos pierden; Ni el autor se ve provisto de garantías, ni las mujeres, ni la sociedad en general ganan en eficacia, es decir en la ansiada seguridad y en el fin de la violencia de género.

¹⁶⁴⁵ Consultar el diario El País de fecha 23 de octubre de 2008 “Economía presenta un informe de impacto de <género> incompleto” en la que se analiza la parte presupuestaria destinada a saciar estos requerimientos sociales.

CONCLUSIONES

1. En los últimos veinticinco años se ha visibilizado un fenómeno penal hasta entonces oculto; la violencia de género. La clave en tal descubrimiento fueron las cifras manejadas por estadistas y sociólogos que desde 1984 ponían de manifiesto las denuncias de mujeres que eran maltratadas por sus parejas. Desde entonces, año tras año la repercusión mediática de estos estudios y datos, ha despertado una “conciencia social” que ha acabado tipificando en el código penal estas conductas.
2. A día de hoy son varios los organismos que se encargan de establecer con el mayor rigor posible el número de denuncias y de muertes de esta clase de violencia. Los datos ofrecidos por el Instituto de la mujer (creado en 1983) son los que hemos tomado de referencia en este trabajo. En verdad tras las reformas llevadas a cabo en los últimos veinte años no podemos definir una influencia positiva o negativa de las distintas leyes en las cifras, pues por ejemplo en 2002 se registraron 54 muertas y, en 2008, cuando la ley era más rigurosa fueron 76. Pero sí podemos advertir que lo que más llama la atención es el aumento de las cifras dentro de la población extranjera.
3. Tradicionalmente se han venido utilizando los conceptos de violencia doméstica, violencia contra las mujeres y violencia de género como si tuvieran el mismo significado, siendo que concurren características propias que las diferencian. Es importante destacar que la violencia doméstica se centra en el ámbito en el que las violencias se llevan a cabo, que es el ámbito protegido de la convivencia, de lo doméstico y familiar. Por su parte la violencia contra las mujeres tiene por objetivo específicamente a las mujeres pero frente a aquellos actos que pueden ser cometidos por cualquier persona y por cualquier causa no relativa al género. Y por último cuando hacemos mención a la violencia de género propiamente, nos estamos refiriendo a aquella violencia que hunde sus raíces en la Sociedad Patriarcal, en la sociedad que creó unos roles específicos para hombres y para mujeres en la que lo femenino quedaba subordinado a los valores masculinos. Esta violencia de género puede manifestarse en todos los ámbitos; en el social, en el doméstico y en el laboral. Género es un concepto que hace referencia a lo cultural, al aprendizaje de lo

femenino y de lo masculino, y en eso se diferencia del sexo, que viene dado por lo biológico.

4. Por tanto las relaciones de género tienen su origen en causas de tipo estructural, que van más allá de los individuos. Podemos encontrarnos en primer lugar con causas de tipo cultural, pues desde la identificación con el azul y el rosa al nacer, todo el proceso del aprendizaje hasta la elección de la carrera universitaria está imbuido de “género”, incluso la propia organización familiar y las religiones también han patentado tales creencias androcéntricas. El alcohol y los celos no son causas propiamente y se han destacado aquí como factores lejos de las creencias populares, que pueden llegar a constituirse como detonantes de la violencia. En segundo lugar destacamos causas de tipo económico, pues la Sociedad relegó al ámbito privado, a la economía del cuidado a las mujeres mientras los hombres ocuparían la economía de mercado propia del ámbito público. Por eso tradicionalmente la mujer ha sido dependiente económicamente primero del padre y después del marido, y cuando ha salido al mercado laboral ha tenido que integrarse en un mundo creado por y para los hombres expuestas a discriminaciones salariales y de trato. En tercer lugar causas legales, ya que la propia legislación ha diferenciado el trato entre hombres y mujeres, y el caso más acuciante ha sido la tipificación del adulterio, fruto de aquel principio civil por el que el hombre ofrecía protección a su esposa mientras que ésta le debería fidelidad. En este sentido el propio Derecho penal ha creado un prototipo de mujer. Y por último las causas de índole político, puesto que el reconocimiento de la ciudadanía femenina en su pleno goce de derechos se ha iniciado a mediados del s. XX con el derecho al voto y sigue desarrollándose hasta hoy en derechos que eran reconocidos a los hombres desde f. s. XVIII.
5. Aunque efectivamente hemos tomado en consideración un contexto general patriarcal no podemos afirmar sin más que no haya otros factores además del género que acerquen las posibilidades de padecer el fenómeno de violencia en casa o en la pareja. El desigual reparto de riqueza propio del sistema económico actual, y los subsiguientes movimientos migratorios han hecho como vimos, incrementar las cifras de violencia dentro de la población extranjera, por lo tanto hay otras causas que pueden envolver el fenómeno de la violencia, como realizar trabajos que nadie

quiere, la falta de regularización y escolaridad, la pobreza, etc., aunque por supuesto huimos de la identificación de inmigración con este tipo de violencia.

6. Sin embargo, aunque debemos tomar en cuenta además de las causas de tipo estructural, otros factores de riesgo como el alcohol, y otras causas de tipo económico, de ello no podemos derivar un perfil de sujetos activo y pasivo, o como comúnmente se entiende, de agresor y de víctima. Intentar construir estos perfiles puede llevar a distorsionar la realidad cayendo en estereotipos, ajustando la legislación a características que poco tienen que ver con la realidad. De esta manera es comúnmente aceptado que el maltratador doméstico es un pobre enfermo mental y alcohólico, lo que contradictoriamente podría llevar a justificar su comportamiento de antemano; para dar solución a tales mitos, se ha llegado a proponer una solución del todo rechazable, y es que, en contra del carácter general de atenuante que tiene el alcohol, que en este caso se tome como una agravante. Y del perfil de la víctima podría llegar a declararse su incapacidad por los años de maltrato con el riesgo de caer en la anulación de su voluntad y la necesidad de que el Estado decida por ella qué es lo que le conviene.
7. Fue en la esfera internacional donde comenzó a diferenciarse la violencia padecida por las mujeres como una manifestación de discriminación y subordinación de los hombres respecto de las mujeres. Ha sido sobre todo la labor de Naciones Unidas la que ha ejercido mayor presión internacional, destacando la *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW) de 1979, que en su art. 1 reconocía esa discriminación estructural que padecen las mujeres. Su ratificación por España en el año 83 le obligaba a plasmar sus compromisos en el Derecho interno. Comienza un recorrido de reformas penales que durará hasta nuestros días.
8. En realidad desde el año 2004 disponemos de dos vías penales de solución, dos caminos para regular el fenómeno de la discriminación y violencia que padecen las mujeres; Por un lado el art. 173.2 CP que hace frente a la violencia habitual en el ámbito cuasi-doméstico, y en la que se le protege precisamente de la subordinación que generan las relaciones familiares en el ámbito doméstico. Y por otro lado, los concretos delitos específicos de violencia de género que recogen una protección

reforzada a las mujeres-pareja por el mayor riesgo que pueden generar algunas conductas cuando éstas se enfocan desde el prisma de la sociedad patriarcal. Estas agravantes específicas han sido muy criticadas por generar una discriminación positiva propia del Derecho laboral, pero prohibida en el Derecho penal. Sin embargo, no es desde el principio de igualdad desde donde debemos analizar las agravantes específicas de género, sino que debemos abordar esta diferencia de pena desde la perspectiva del riesgo que generan ciertas conductas en una relación de pareja.

9. Por tanto en España desde 1989 a 2003 el legislador se centró en la primera de las vías, la violencia doméstica. La legislación en la materia comenzó con una reforma en 1989 al código penal anterior, por la que se introdujo la violencia habitual en el ámbito doméstico. Este delito ha sufrido sucesivas reformas con las que se han ido redefiniendo algunos de sus elementos típicos hasta la última en 2003. En principio surgió para dar respuesta a aquellas denuncias de mujeres por malos tratos publicadas en 1984. Pero nació de una manera desenfocada, pues no se centró en la causa de las mujeres sino que lo hizo en el ámbito en el que estas violencias tenían lugar.
10. Desde el inicio de su tipificación, la característica de aquel tipo penal ha sido la habitualidad en el ejercicio de la violencia. La habitualidad penal ha sido tradicionalmente entendida como un hábito del sujeto, sin embargo el término aquí recogido no participa de estos parámetros tradicionales, sino que debe tomarse como una característica de la acción. La habitualidad incrementa el desvalor de acción porque recoge la exposición continuada al riesgo para el bien jurídico protegido.
11. Desde su aparición se plantean dos posibilidades; una en sentido naturalístico, en función del estado de terror creado por quien ejerce de manera habitual la violencia, y otro en sentido formal que habría que interpretar desde el art. 94 CP que exige un número concreto de actos en un determinado periodo de tiempo. La primera fue más utilizada por la doctrina y la segunda de las opciones por la jurisprudencia haciendo casi inaplicable el delito por la dificultad de prueba. Pero desde 1999 se introduce una definición de la habitualidad en el propio delito con la finalidad de facilitar a los jueces y tribunales su aplicación; *partiendo* de un número de actos y de una

conexión temporal, pero permitiendo contabilizar hechos que hayan recaído sobre diferentes personas de las recogidas en el ámbito cuasi-familiar y actos violentos aunque ya hayan sido enjuiciados. Es por eso que se desliga de la definición del art. 94 CP y lo que trata es de castigar una atmósfera de terror y miedo generada en el ámbito de lo doméstico.

12. Es un delito que aunque actualmente está ubicado en la rúbrica de las torturas y otros delitos contra la integridad moral debe entenderse como delito de peligro concreto contra la salud o integridad física y psíquica de las personas en base al estado de miedo y terror que genera el ejercicio habitual de violencia física y psíquica. Descartamos que sea otro el bien jurídico protegido aunque su ubicación sistemática y el ámbito donde se ejerce hayan promovido otras opciones tanto doctrinales como jurisprudenciales.

13. En el año 2001, los ataques terroristas de Nueva York impulsaron la idea de seguridad como valor primordial en las políticas de Estado. Estos incidentes tuvieron su máxima influencia en los delitos de terrorismo que sufrieron un endurecimiento penal que acabó calando en este ámbito también conocido como “terrorismo doméstico o de género”. Desde la LO 11/2003 de 29 de septiembre de *Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, se plasmaron en la ley unas recomendaciones que venía haciendo el CGPJ en las que se animaba al legislador a adelantar las barreras penales para criminalizar esos primeros golpes que lejos de ser insignificantes, constituían el primer aviso de una futura vida de violencia, por lo cual las faltas de maltrato acabaron convirtiéndose en delito cuando ocurrieran entre las personas del ámbito cuasi-doméstico. En realidad el problema no eran las faltas, sino la mala práctica judicial que ante la dificultad de los jueces de interpretar la habitualidad, dejaban aquel delito casi inaplicable y por el que los casos acababan juzgándose como meras faltas. De ahí que la propia Exposición de motivos de la Ley avalara tal cambio legislativo en base a que por lo menos a partir de entonces no serían faltas sino delitos castigados con privación de libertad. La consecuencia es que el art. 173.2 CP, verdadero eje de este tipo de violencia, se ve desplazado por la aplicación del nuevo 153 CP que resulta más sencillo de probar.

14. Además de la vía de la violencia habitual y ocasional en el ámbito cuasi-doméstico, a partir de 2004 se hace frente al fenómeno desde la perspectiva específica de la agresión a la mujer-pareja y la violencia de género. Sin embargo existe una falta de sistemática entre el art. 1.1 de la LOMPIVG que la define como *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, con el art. 1.3 que *la violencia de género a que se refiere la presente ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad*, y la parte especial del código penal que introduce tal agravante en los delitos manejados por el art. 1.3 excepto en la privación arbitraria de la libertad y las agresiones a la libertad sexual.
15. Los delitos de género comparten varias cuestiones comunes, así los delitos retocados por la LOMPIVG introducen la agravante específica de género, se centran en las conductas ejercidas contra la mujer-pareja en el contexto patriarcal, comparten subtipos agravados y atenuados, obligan al alejamiento como pena accesoria y mantienen un régimen especial en materia de suspensión y sustitución de privación de libertad. Y sin embargo vuelve a faltar la sistemática porque en los arts. 153.2 (malos tratos ocasionales en el ámbito cuasi-doméstico) y 171.5 (amenazas leves con armas en el mismo ámbito) sí se establecen penas diferenciadas cuando los sujetos pasivos sean los relativos al ámbito cuasi-doméstico y sin embargo ni en el art. 148 (lesiones) ni 172 (coacciones leves) se hacen tales distinguos. En verdad las dos primeras conductas responden a la reforma de 2003, no la de 2004. Pero la reforma del 468.2 CP que sí es de 2004, no responde a la mujer-pareja (delitos de género) sino que alude a los sujetos contenidos en el art. 173.2 CP (relativos al ámbito cuasi-doméstico).
16. Respecto del régimen especial relativo a las alternativas a la prisión, llama la atención la falta de unidad en los requisitos exigidos para la obtención de la suspensión o la sustitución, ya que son tres las obligaciones o deberes; la prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima y la de participar en programas formativos. En el caso de la suspensión se obliga en todo caso a las tres, pero en el caso de la sustitución se obliga a un programa específico de reeducación pero no a las otras dos, aunque en cualquier

caso el juez deberá observar su necesidad o no. Además no entendemos la obligación del tratamiento sin especificar qué tipo, que indique que deba enfocarse desde el problema estructural pero que acuda a su vez al caso concreto y orientado a la prevención especial, sobre todo a tales fines, por qué no dejar al juez la decisión última de su necesidad imponiéndolo en todo caso. Y más aún, sobre todo en el caso de la suspensión en que se obliga al alejamiento y a la terapia, si la pareja quiere continuar la convivencia quizás solo con el tratamiento fuera posible mantenerla, pero al obligar al alejamiento vuelve a negarse a la pareja tal posibilidad.

17. Una de las grandes críticas a la elección de las conductas con la agravante de género es la manera en que se ha plasmado en las amenazas. Lo primero por qué escoger las amenazas leves para aplicar la agravante específica de género y no las amenazas constitutivas de delito que son más frecuentes y dañinas. Además dentro de la elevación de las amenazas leves a delito, no se entiende por qué, si el legislador de 2003 (LO 11/2003) penaba a aquellos que amenazaren de manera leve con armas u otros instrumentos peligrosos a las personas del ámbito cuasi-doméstico con pena de prisión de tres meses a un año, la LOMPIVG cambia y lo que añade es el castigo de las amenazas leves (sin armas) cuando se lleven a cabo contra la mujer pareja, castigadas con una pena de seis meses a un año. Ello puede llevar a pensar que en caso de concurrir una amenaza leve con armas a la mujer pareja, debería llevarse por la falta del art. 620.1 CP que castiga con una multa de diez a veinte días, lo cual es contrario a la finalidad proteccionista de la ley. Y sin embargo aplicar el delito sería acudir a la analogía en contra del reo, lo cual está prohibido.

18. La LO 15/2003 impuso a los jueces aplicar en todo caso, cuando se tratare de delitos relacionados con los sujetos relativos al ámbito cuasi-doméstico la obligación de la pena de alejamiento negando cualquier tipo de convivencia a la pareja. Esta imposición ha llevado a no respetar las características del caso concreto. La consecuencia directa de tal obligación sin contar con la voluntad de las partes, sobre todo de las mujeres, unido a la naturaleza pública de estos delitos, ha llevado al legislador a atajar el problema del quebrantamiento de esas medidas con una regulación especial en el art. 468.2 CP. Debería diferenciar el legislador cuándo se trata del quebrantamiento de una medida cautelar y cuándo de una pena impuesta por sentencia firme a la hora de tomar en consideración el consentimiento de la

mujer que permite el acercamiento de su pareja pese a existir tal alejamiento. En cualquier caso, establecer que las mujeres pueden llegar a considerarse partícipes o incluso autoras de este delito llevaría a su encarcelamiento, por lo que el objetivo de protección propio de la Ley se habría perdido.

19. *Lege data* la redacción de la cláusula concursal a que se refiere el art. 173.2 CP *in fine* nos lleva al concurso real, sin embargo si éste pudiera ser válido para relacionar la violencia habitual con algunos delitos, no sería apreciable en caso de concurrir un delito de resultado relacionado con los delitos analizados en el capítulo IV de este trabajo. En estos casos, aplicar un concurso real nos llevaría a caer en el *non bis in idem*, pues sería valorar dos veces la relación de parentesco o familiar, por lo que en estos casos cuando se produzcan resultados que no deban contabilizarse dentro de la habitualidad del 173.2 CP porque vayan más allá de la puesta en peligro del bien jurídico deberíamos aplicar el concurso ideal de delitos. La mayor crítica que puede hacerse es que se mezclan en tal cláusula concursal conductas relativas a la violencia de género y a la violencia cuasi-doméstica, motivo por el que acaban desvirtuándose las características propias del género.
20. El artífice máximo de todas estas reformas ha sido el movimiento feminista. Pero el propio movimiento se ha escindido, y podemos advertir la existencia de un feminismo oficial y de un feminismo crítico cuya principal diferencia es la creencia en el poder del Derecho penal en la solución de estas conductas. El primero de ellos ha sucumbido a las bondades del Derecho penal exigiendo que cada vez más conductas relativas al ámbito de la pareja estén tipificadas, sin percatarse de las consecuencias perversas de tal utilización indiscriminada, y sin barajar que el propio Derecho penal ha creado un estereotipo de mujer que se ha fraguado en la plasmación del patriarcado en la ley. Cuestiones que el feminismo crítico sí advierte, y critica aunque sin desestimar la importancia de su utilización racional.
21. Es decir, desde el feminismo crítico se trata de diferenciar entre dos cuestiones importantes en el actual Derecho penal de género; una son las conductas sin entidad de delito que son castigadas como tal, y otra es la aceptación del contexto patriarcal y la captación del riesgo en una relación de pareja. Tratar de canalizar esos primeros avisos de violencia a través de pena privativa de libertad no atiende al fin de

protección de las mujeres, ya que como hemos comprobado no sólo victimizan más sino que pueden llegar a criminalizarlas. Se duda sobre la eficacia del Derecho penal, que creó una mujer en el discurso jurídico y que sigue considerándola hoy bajo la apariencia de incapacidad, perpetuando los roles tradicionales circunscribiéndola a la esfera privada, estereotipando de nuevo a las mujeres, y dejando que el Estado decida por ellas qué es lo conveniente bajo la excusa de protección.

22. No estamos de acuerdo con introducir ninguna de las reformas que se han propuesto después de la aprobación de la LOMPIVG por seguir inmiscuyéndose en el ámbito de la pareja. Por eso debería revisarse el carácter público de estos delitos, así como la obligación del alejamiento del art. 57.2 CP, al igual que el art. 23 de la LOMPIVG que exige la existencia de una Orden de alejamiento para poder acceder a los derechos. Además reflexionar sobre la elevación de faltas a delitos desde los hechos, las consecuencias y el principio de proporcionalidad, ya que la actual regulación supone un flaco favor a la causa del género cuando situaciones de violencia habituales acaban juzgándose como delitos ocasionales. Y por supuesto no favorece el fin de empoderamiento castigar a las mujeres que retiran la denuncia, o que no acuden a juicio, ni tampoco estimar como agravante para el caso de violencia la ingesta de alcohol, ni introducir el delito de terrorismo de género ni el cumplimiento íntegro de las penas.
23. Basar la necesidad de una pena privativa de libertad en los indicios de posible perfil futuro de maltratador es estar reafirmando algunas de las tendencias más comunes actualmente en el Derecho penal como son la Tolerancia Cero, el recurso del Derecho penal simbólico, el paternalismo punitivo, etc., que hace que el pretendido giro de 180 grados en la situación de las mujeres acabe en uno de 360, en definitiva, en una perpetuación del *status quo* patriarcal, de la incapacidad declarada de las mujeres para regir su propia vida.
24. Reconocemos que estamos ante una violencia diferenciada que responde al contexto social del patriarcado pero cuya solución no se encuentra en el recurso al Derecho penal para los primeros síntomas de violencia, sino que pasa por formar a los jueces para la investigación de las relaciones entre la pareja y la habitualidad en el ejercicio

de violencia, eje fundamental de esta violencia que tiene como base estructuras de subordinación propias de la sociedad patriarcal. Hasta ahora más que de vacío legal es un problema de interpretación de la ley, por lo que la violencia habitual debería ser el eje en el que basar las situaciones graves de violencia que precisamente son aquellas que se perpetúan en el tiempo generando un grave riesgo para la salud, incluso para la vida de las mujeres.

25. La LOMPIVG pese a reconocer esta violencia como un tipo diferenciado del resto, arranca de un error de partida, pues toma un enfoque reduccionista del concepto de género, ya que; a) sigue relegando el problema de las mujeres a la esfera privada y, b) porque elige conductas que nada tienen que ver con el contexto de subordinación y es por lo que algunos se han ido al terreno de las presunciones. La LOMPIVG ha optado por acotar la referencia al género a aquel que se circunscribe al ámbito doméstico, dejando por fuera de la protección reforzada otros comportamientos que son igual de reprochables en el ámbito social y laboral, pero éste no es el aspecto más criticable, sino que no sólo no se entiende por qué dejar fuera de la protección esos otros comportamientos, sino que de esta manera, el género no acaba de apartarse de lo doméstico, de la esfera privada, relegando a las mujeres una vez más a tal ámbito.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

STEDH Caso Campbell y Corsans de 25 de febrero de 1982

ATC 233/2004 de 7 de junio

ATC 332/2005 de 13 de septiembre

STC (Pleno) 120/1990 de 27 de junio (RTC 1990/120)

STC (Pleno) 215/1994 de 14 de julio (RTC 1994/215)

STC 137/1990 de 19 de julio

STC 22/2003 de 10 de febrero

STC 59/2008 de 14 de mayo

STC 222/1992 de 11 de diciembre

STC 98/2008 de 24 de julio

STC 76/2008 de 3 de julio

STC 100/2008 de 24 de julio

STC 45/2009 de 19 de febrero

STC 127/2009 de 26 de mayo

STC 66/1995 de 8 de mayo

STC 246/1991 de 19 de diciembre

STS 580/2006 de 23 de mayo

Acuerdo no jurisdiccional del TS de 25 de noviembre de 2008

Auto del TS 1909/2006 (RC1023/2006)

STS 1159/2005 de 10 de octubre

STS (Sala de lo contencioso administrativo) 16 de abril de 2008

STS 2480/2001 de 21 de diciembre

STS 653/2009 de 25 de mayo

STS 409/2006 de 13 de abril

STS 20/2001 de 22 de enero

STS 320/2005 de 10 de marzo

STS 1161/2000 de 26 de junio

STS 181/2006 de 22 de febrero

STS 1208/2000 de 7 de julio

STS 201/2007 de 16 de marzo

STS 927/2000 de 24 de junio
STS 1162/2004 de 15 de octubre (RJ 2004/7688)
STS 12 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8878)
STS 58/2008 de 25 de enero
STS 654/2009 de 8 de junio
STS 10/2007 de 19 de enero
STS 775/2007 de 28 de septiembre
STS 39/2009 de 29 de enero
STS 580/2006 de 23 de mayo
STS 1156/2005 de 26 de septiembre (RJ 2005/7380)

SAP Córdoba (Sección 2ª) 9/1999 de 12 de febrero
SAP Barcelona (Sección 2ª) 976/2002 de 4 de noviembre
SAP Córdoba de 12 de febrero de 1999
SAP Barcelona 26/2009 de 14 de enero
SAP Barcelona (Sección 2ª) 156/1998 de 20 de febrero
SAP Santa Cruz de Tenerife 212/2006 de 21 de abril
SAP Tarragona 283/1998 de 26 de mayo
SAP A Coruña 47/2000 de 20 de marzo
SAP Córdoba 12 de febrero de 1999
SAP Córdoba 80/2000 de 26 de octubre
SAP Baleares 53/1998 (Sección 1ª) de 27 de marzo
SAP Madrid 52/1998 (Sección 6ª) de 10 de febrero
SAP Córdoba 32/1998 (Sección 2ª) de 9 de marzo
SAP Córdoba 39/1998 de 7 de septiembre
SAP Las Palmas (Sección 2ª) de 5 de diciembre (ARP 1998/4673)
SAP Jaén (Sección 1ª) 130/1998 de 13 de noviembre
SAP Tarragona 335/2006 de 28 de julio
SAP Cantabria 280/2009 de 5 de noviembre
SAP Barcelona (Sección 20ª) 626/2009 de 27 de abril
SAP Barcelona 491/2007 de 28 de mayo
SAP Barcelona 360/2007 de 28 de marzo
SAP Soria 10/2007 de 19 de febrero (JUR 2007/132778)
SAP Barcelona 196/2007 de 21 de febrero

SAP Guipúzcoa 312/2006 (JUR 2007/99986)

SAP Madrid (Sección 7ª) 842/2007 de 28 de septiembre (JUR 2008/1765)

SAP Barcelona (Sección 20ª) 1024/2006 de 29 de noviembre (ARP 2007/271)

SAP Cáceres (Sección 2ª) 50/2009 de 6 de marzo (JUR/2009/186912)

SAP Alicante (Sección 1ª) 156/2009 de 2 de marzo

Sentencia 428/2009 de 30 de Septiembre del Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona.

BIBLIORAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M.; *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

ACALE SÁNCHEZ, M.; “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Política Criminal y reformas penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

ACALE SÁNCHEZ, M.; “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en PUENTE ABA, L. M.; (Directora), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Ed. Comares, Granada, 2010.

ACALE SÁNCHEZ, M.; “Artículo 153”, en ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1ª edición, 2007.

ACALE SÁNCHEZ, M.; *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Colección de derecho penal, Madrid, 2006.

Acciones positivas en el campo de la igualdad entre hombres y mujeres, Informe final de actividades del Grupo de especialistas sobre acciones positivas en el campo de la Igualdad entre hombres y mujeres (EG-S-PA), Editado en 2004, en España por el Instituto de la Mujer.

AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, 1999.

AKERS, R. L.; “Aplicación de los principios del aprendizaje social. Algunos programas de tratamiento y prevención de la delincuencia”; *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios Homenaje al Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, 2006.

ALASTUEY DOBÓN, M. C.; “Desarrollo parlamentario de la ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006

ALBERDI ALONSO, I.; “Cómo reconocer y cómo erradicar la Violencia contra las mujeres”, en *Violencia: Tolerancia Cero*, Programa de prevención de la Obra Social “La Caixa”, Barcelona, 2005.

ALBERDI I., y MATAS, N., “La Violencia Doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España. Colección de estudios sociales Núm. 10 Fundación La Caixa , Barcelona, 2002.

ALCÁCER GUIRAO, R.; *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, (Prólogo de Enrique Gimbernat), Atelier, Barcelona, 2003.

ALONSO ÁLAMO, M.; “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de género”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios Penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.

ALONSO ÁLAMO, M.; “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Tirat Lo Blanch, Valencia, 2004.

ALONSO ÁLAMO, M.; “Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 95, Madrid, 2008

ARROYO DE LAS HERAS, A.; y MUÑOZ CUESTA, J.; “Malos tratos habituales en el ámbito familiar”, en *Delito de lesiones*, Aranzadi, Pamplona 1993.

AMARA, F.; *Ni putas ni sumisas*, 1ª Ed., Madrid, 2004

AMORÓS, C.; “Conceptualizar es politizar” en LAURENZO COPELLO, P.; MAQUEDA ABREU, M. L.; RUBIO, A.; *Género, Violencia y Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

ANTÓN GARCÍA, L.; LARRAURI PIJOÁN, E.; “Violencia de género ocasional: Un análisis de las penas ejecutadas”, en *Revista Española de investigación criminológica, Artículo 2, núm. 7*, 2009

ANTÓN ONECA, J.; *Derecho Penal, segunda edición anotada y puesta al día*, Akal, 1986.

AÑÓN ROIG, M. J. y MESTRE I MESTRE, R., “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho” en BOIX REIG, J., MARTÍNEZ GARCÍA, E. (Coords) en *La nueva Ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en MORILLAS CUEVA, L., *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C.; “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153.1 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Dykinson, Madrid, 2005

ARAUJO OSORIO, S.; “Legislar contra la violencia Familiar”, *ASAMBLEA*, núm. 7, Tercera Época, Vol.1, Septiembre, 2001, México DF.

ARMERO VILLALBA, S.; “Tratamiento legal en España del maltrato familiar”, en *El maltrato familiar en el Derecho Comparado. Estudios sobre Violencia Familiar y agresiones sexuales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, libro I, 2001

ARRIAGA, Irma y ARANDA, Verónica, “Cambio de las familias en el marco de las transformaciones globales; necesidad de políticas públicas eficaces” CEPAL, Naciones Unidas, División de desarrollo social, Santiago de Chile, diciembre de 2004.

ARRIAGADA, IRMA, “Familia y Delito: Los niños de la calle”, *DIÁLOGO*, núm. 11-12, Junio 1994, México, DF

ARROYO DE LAS HERAS, A. y MUÑOZ CUESTA, J.; “Malos tratos habituales en el ámbito familiar”, en *Delito de lesiones*, Aranzadi ed., Pamplona, 1993

ARROYO ZAPATERO, L.; “Legitimidad constitucional de y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en homenaje a la Profesora Dra. María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

ARROYO ZAPATERO, L.; DS Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 70 de 08/09/2004. Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2004, VIII Legislatura, núm. 70, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excmá Sra. D^a CARMEN MARÓN BELTRÁN, Sección núm 9, celebrada el miércoles 8 de Septiembre de 2004

ASÚA BATARRITA, A.; “El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

ASÚA BATARRITA, A.; “Los nuevos delitos de <violencia doméstica> tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Cuadernos penales Jose María Lidón, núm. 1, Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004

AZAOLA E.; “Mujeres sentenciadas por homicidio en la Ciudad de México”, *CRIMINALIA, Año LXI, Núm. 3, Septiembre- Diciembre 1995*, México DF

BAJRAJ, REINALDO, “La Familia en América Latina y El Caribe. Algunas consideraciones sociodemográficas”, *DIÁLOGO, Núm. 11-12, Junio 1994*, México DF.

BARATTA, A.; “El paradigma del género. De la cuestión criminal a la cuestión humana” en BIRGIN, H. (Compilador), *Las trampas del poder punitivo*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000

BARATTA, A.; “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, en *Revista de Justicia Penal y Sociedad*, Año III, nº. 5, Agosto 1994.

BARATTA, A.; “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica”, en *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, núm. 1, Septiembre-Diciembre, Barcelona, 1991

BARQUÍN SANZ, J.; “Artículo 173” en COBO DEL ROSAL, M.; *Comentarios al código penal, Tomo V*, Madrid, Edersa, 1999.

BARRÉRE, M. A.; “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

BECCARIA, C.; *De los delitos y de las penas (estudio preliminar de José Jiménez Villarejo y traducción de Juan Antonio de las Casas)*, Tecnos, Madrid, 2008.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M^a JOSÉ, “Violencia Intrafamiliar: La Mujer Maltratada”, en RECHEA ALBEROLA, M. C.; (Dir.), *La Criminología Aplicada II*, Cuadernos de Derecho judicial, núm. 7, CGPJ, 1998.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M^a. J.; *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004.

BENITO DE LOS MOZOS, A. I.; “El rol tradicional de la mujer y su incidencia en la existencia de la violencia de género”, MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. Y REGUERO CELADA, J.; (Coords.), en *Mujer y Empleo, Una estrategia para la igualdad*, , Ed. Comares, Granada, 2004

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Praxis, 2^o. Ed., Barcelona, 1999.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; ARROYO ZAPATERO, L.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J.; *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones experiencia, Barcelona, 2004.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “De las lesiones”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; GARCÍA ARÁN, M.; *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”, *Ejemplar dactilografiado*, Salamanca, 1990

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, BERGALLI, R.; BUSTOS, J.; (Directores y compiladores), en *El Poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, Ediciones depalma, Buenos Aires, 1985

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Delitos contra la salud personal: las lesiones”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Coord.), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; GARCÍA ARÁN, M.; *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; “Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”, en *Pena y Estado, núm. 1*, Barcelona, 1991

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; *El delito de lesiones*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982

BERRÉRE, M. A.; “Género, violencia y discriminación contra las mujeres”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L. RUBIO, A.; en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

BODELÓN GONZÁLEZ, E.; “Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal”, en BERGALLI, R.; (coordinador y colaborador), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BODELÓN, E.; “La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

BODELÓN, E.; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009.

BOIX REIG, J.; palabras procedentes del Prólogo en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), en *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.

BOIX REIG, J.; “De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual”, en LATORRE LATORRE, V. (Coord.); *Mujer y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)”, *La Ley*, año XXV, núm. 6146, Martes, 14 de diciembre de 2004.

BONINO, L.; “Develando los micromachismos en la vida conyugal”, en CORSI, J.; *Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*, Paidós, Buenos Aires, 1995.

BRANDARIZ GARCÍA, J. A.; “La sanción de trabajos en beneficio de la comunidad como respuesta a la violencia de género”, PUENTE ABA, L. M.; (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política Criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010

BRAVO CAMPANÓN, C. y REBOLLO SÁNCHEZ, I.; “Casas de acogida: desde la experiencia a la reflexión” en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol. 18, 2005.

BUEREN RONCERO, J. L.; “Violencia familiar” en *La Violencia en el ámbito familiar: Aspectos jurídicos y médico periciales. (Elementos sustanciales a tener en cuenta en posibles reformas legislativas) en Jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 12, 13 y 14 de abril de 1999, recogidas en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I, 1998-1999*, Ministerio de Justicia.

BUSTILLO SUÁREZ, E.; “Otra forma de asesinar”, *Congreso sobre Violencia Doméstica 12 y 13 de junio de 2003*, Observatorio sobre la Violencia Doméstica, Madrid, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, J.; *Manual de Derecho Penal, Parte especial, 2.a Edición aumentada, corregida y puesta al día*, Ed. Ariel, Barcelona, 2ª ed. 1991.

BUSTOS, J. y LAURRARI, E.; *Victimología: presente y futuro*, Barcelona, 1993

CADENA SERRANO, F. A.; “Las lesiones psíquicas en el mobbing. Breve referencia al bullying” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

CALABRESE, E.; “La Violencia en el hogar”, *Leviatán, Revista de hechos e ideas*, II Época, núm. 69, Otoño 1997, Madrid, España.

CALDERÓN CEREZO, A Y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.; *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II, adaptado a los programas de las pruebas selectivas para ingreso en las carreras judicial y fiscal*, Bosch, Barcelona, 1999.

CALVO GARCÍA, M., “Análisis Socio-jurídico de la Violencia de Género” en *Congreso sobre la Violencia Doméstica. Observatorio sobre la Violencia Doméstica, 12 y 13 de Junio de 2003*, CGPJ, Madrid 2000.

CAMPOS CRISTÓBAL, R.; “Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico”, en *Revista Penal*, núm. 5, julio 2000

CAMPOS CRISTOBAL, R.; “Tratamiento penal de la violencia de género”, en BOIX REIG, J.; MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.

CANCIO MELIÁ, “De nuevo: ¿derecho penal del enemigo?”, en JACKOBS, G.; CANCIO MELIÁ, M.; *Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Thomsom, Civitas, Navarra, 2006.

CANCIO MELIÁ, M.; “art. 153”, en BAJO FERNÁNDEZ, M.; *Compendio de Derecho Penal, Parte especial, Vol. I*, Colección Ceura, 2003

CAPITA REMEZAL, M.; “Breves apuntes sobre el art. 153 del código penal”, 24 de julio de 2004, consultar en http://www.otrosi.net/index.php?option=com_content&task=view&id=214&Itemid=43

CARBONELL MATEU, J. C; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “Artículo 153” en VIVES ANTÓN, T.; *Comentarios al Código Penal de 1995, Volúmen I*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996

CARRECEDO BULLIDO, R.; “La protección jurídica del derecho penal frente a la violencia doméstica”, en *Otra frontera rota I: Aspectos jurídicos de la violencia doméstica*, Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres, 1998, Madrid.

CASTELLÓ NICAS, N.; “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del art. 173.2 CP”, en CARBONELL MATEU, J. C.; DEL ROSAL BLASCO, B.; MORILLAS CUEVA, L.; ORTS BERENGUER, E. y QUINTANAR DÍEZ, M. en *Estudios penales en homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Dykinson, Madrid, 2005.

CASTELLÓ NICAS, N.; “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, en MORILLAS CUEVA, L (Coord) en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 2002.

CEBERIO BELAZA, M.; “Condenada una mujer por violencia sexista hacia su esposa”, *El País*, 12 de Junio de 2009

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.; “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en BOLDOBA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006

CERRILLOS VALLEDOR, A., ALONSO CARBAJAL, A, SARIO MORILLO, J. L y otros (VVAA); en *Familia y Violencia: enfoque jurídico*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, Dykinson, 1999.

CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *Cuaderno del Instituto vasco de Criminología*, San Sebastián, núm. 15, 2001.

CERVELLÓ DONDERIS, V.; “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en *Revista del Poder Judicial*, 2ª época, núm. 33, Marzo 1994, Consejo General del Poder Judicial.

COBO PLANA, J. A.; “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN., M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

COBO, R.; “El género en las ciencias sociales” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

COLINA OQUENDO, P.; “Artículo 173” en RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord.), *Código Penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, 2ª edición, La Ley, 2007

COMAS d’ARGEMIR, M.; “La ley integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; y RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

CONDE PUMPIDO-FERREIRO, C.; *Derecho Penal. Parte General (Obra acomodada a los vigentes programas de las oposiciones a las carreras Judicial y Fiscal)*, 2ª ed., Madrid, 1990.

CORCOY BIDASOLO, M. (Dir.), en *Manual Práctico de Derecho penal. Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados, 2ª edición ampliada y puesta al día*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 148

CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra las personas: Violencia doméstica y de género”, MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M.; GÓMEZ MARTÍN, V.; (Coord.), *Nuevas tendencias en Política Criminal: Una auditoría al código penal español de 1995*, Buenos Aires, 2006.

CORCOY BIDASOLO, M.; “Delitos contra la integridad de la persona y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”, *La violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001.

CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M.; *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, Tomo II*, Marcial Pons, Madrid, 2004

CORTÉS BECHIARELLI, E.; “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre): propuestas de interpretación” en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

CORTÉS BECHIARELLI, E.; *El delito de malos tratos familiares*, Nueva regulación, Marial Pons, Madrid, 2000,

CRUZ BLANCA, M. J.; “Derecho Penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal” en MORILLAS CUEVA, L.; *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 2002

CUADRADO RUIZ, M. A. y REQUEJO CONDE, C.; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal”, en *La Ley, Año XXI, núm. 5072*, viernes 9 de junio de 2000

CUELLO CALÓN, E.; *Tres temas penales: El aborto criminal; el problema penal de la eutanasia; el aspecto penal de la fecundación artificial*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Barcelona, Bosch, Barcelona, 1955

CUELLO CONTRERAS, J. y CARDENAL MURILLO, A.; “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005,

CUELLO CONTRERAS, J.; “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, en *Revista del Poder Judicial, 2ª época, n° 32*, Diciembre 1993, Consejo General del Poder Judicial.

CUENCA i GARCÍA, J. M.; “La violencia habitual en el ámbito familiar” en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1998

CULLEN, F. T.; DAIGLE, L. E.; y CHAPPLE, C. L.; “El desarrollo de la Criminología del curso vital en Estados Unidos: Tres teorías centrales”, en AAVV, *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.

DE BEAUVOIR, S.; *El Segundo Sexo*, 1ª Ed., 2005, Madrid.

DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J.; *Curso de Derecho Constitucional Español II*, Madrid, 1993

DE GIORGI, A.; *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la Sociedad de Control (Prefacio de Toni Negri)*, Presentación y Traducción de Iñaki Rivera y Marta Monclús, Virus Editorial, 1ª edición en castellano, Bilbao, 2005

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.; “Ciudadana, sistema penal y mujer” en GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; ALCÁCER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M.; (Coords.), en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008

DE LA MATA BARRANCO, N. J.; “Las reformas penales de 2003: consideraciones generales sobre la quiebra de algunos principios que deben definir toda intervención penal”, en FARALDO CABANA, P.; (Dir.), *Política Criminal y reformas penales*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2007

DE LEÓN VILLALBA, F. J.; “Art. 468”, ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1ª edición, 2007

DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., “La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género” en *Cuadernos de Trabajo Social, Vol.18*, 2005

DE PEÑAFORT, R., *Una Juez frente al maltrato*, Primera Edición, Debate, Barcelona, 2005

DE VEGA RUÍZ, J. A., *Las agresiones familiares en la Violencia Doméstica*, Ed. Aranzadi S.A. 1999, Pamplona

DEL MORAL GARCÍA, A.; “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”, en *Encuentros “Violencia doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004

DEL MORAL GARCÍA, A.; “El delito de violencia habitual en el ámbito familiar: Aspectos sustantivos”, jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 10 al 12 de abril de 2000, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II*, 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000

DEL ROSAL BLASCO, B.; “Artículo 173”, en COBO DEL ROSAL, B.; *Derecho Penal Español. Parte Especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*, Dykinson, Madrid, 2005

DEL ROSAL BLASCO, B.; “El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar” en LATORRE LATORRE, V. (Coord.), en *Mujer y Derecho Penal, Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995

DEL ROSAL BLASCO, B.; “La política criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?; *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005

DEL ROSAL BLASCO, B.; “Violencia y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar” en LATORRE LATORRE, V. (Coord), en *Mujer y Derecho Penal. Presente y futuro de la regulación penal de la mujer*. Tirant LoBlanch, Valencia, 1995

DELAMO RUBIO, J.; “Violencia doméstica. Aspectos jurídicos “en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*. Tomo I. Ministerio de Justicia, Madrid, 2000

DELGADO MARTÍN, J.; “La orden de protección en las víctimas de violencia doméstica” en *Encuentros <Violencia doméstica>*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004

DELGADO MARTÍN, J.; *Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Comentarios, Jurisprudencia, Instrumentos Internacionales, esquemas explicativos, normativa complementaria, recursos web, bibliografía*, 1ª ed., Colex, Madrid, 2007

DÍAZ OLAVARRIETA, C.; “Violencia contra las mujeres”, *Revista de la UNAM, Vol. LIII, núm. 2*, Extraordinario, 1998, México DF.

DÍAZ PITA, M. M.; “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, en *Estudios penales y criminológicos*, XX, Universidad de Santiago de Compostela, 1997

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; *La política criminal en la encrucijada*, ed. IB de F, Buenos Aires, 2007

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De la Sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 7, 2005

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “De las lesiones”, en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, núm. 1, *La Ley*, enero 2001

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; El País, 18 de noviembre de 2009, “No todo vale contra la violencia de género. El Congreso modera su propuesta de endurecer la ley. Plantea que todos los condenados por maltrato pierdan la custodia de hijos, pero no las visitas. Contra la lacra, no basta el código penal”.

DOLZ LAGO, M. J.; “Violencia doméstica habitual: mitos y realidades”, en *La Ley*, Año XXI, diario núm. 5047, de 5 de mayo de 2000,

DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. M.; “Cuestiones concursales en el artículo 153 del código penal”, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002.

DUARTE SÁNCHEZ, P. y GONZALEZ ASENSIO, G (coaut.), “De la etiqueta de víctima al empoderamiento. Un camino por recorrer cuando trabajamos la prevención en la violencia de género”. *ALTER, Año I, Núm. 1*, Enero-Abril 1997, Campeche, Cam, México

DURÁN FEBRER, M.; “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Artículo 14, Una perspectiva de género Boletín de información y análisis jurídico, núm. 17*, Instituto andaluz de la mujer, Diciembre de 2004.

DURÁN FEBRER, M.; “Cuestiones jurídicas que plantea la protección de las víctimas de violencia de género a través de las nuevas tecnologías”, Asociación de Juristas Themis, Mayo, 2003, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/cuestionesjuridicas.htm>

DURÁN FEBRER, M.; “Derecho a saber”, *El Mundo*, 11 de octubre de 2000,

DURÁN FEBRER, M.; “Aspectos procesales de la violencia doméstica: medidas de protección a las víctimas”, en Encuentros <Violencia doméstica>, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

DURÁN MORENO, L. M.; “Apuntes sobre Criminología Feminista”, en *Revista Criminología y Sociedad, núm. 1*, Nuevo León, México, en <http://www.criminologiaysociedad.com/articulos/index.html>.

ECHEBERÚA ODRIOZOLA, E., “Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja”, Catedrático de Psicología Clínica de la Universidad del País Vasco, en *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*, CGPJ. Escuela Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2005.

ECHEVERÚA, E., y AMOR P. J., “Hombres violentos en el hogar: perfil psicopatológico y programas de intervención” en *La Criminología Aplicada II*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial VII, Facultad de Psicología, Universidad del País Vasco, 1999, Madrid

EDWARDS, S.; “La función simbólica del Derecho penal: violencia doméstica”, en *Pena y Estado, núm. 1*, Barcelona, 1991.

ESCUCHURI AISA, E.; “Manifestaciones delictivas de la violencia de género” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coordinadores); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

ESPINAR RUIZ, E., “Violencia de Género y procesos de empobrecimiento. Estudio de violencia contra las mujeres por parte de su pareja o ex_pareja sentimental. Tesis de Doctorado del Departamento de Sociología II, Psicología, Comunicación y Didáctica de la Universidad de Alicante en <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=11683>

FARALDO CABANA, P.; “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, en MUÑOZ CONDE, F.; (Dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Doctora María del Pilar Díaz Pita*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

FARALDO CABANA, P.; “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de Ley orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género” en *Revista Penal* núm. 17, enero 2006.

FARALDO CABANA, P.; “Tendencias de Política Criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.); *Política Criminal y Reformas Penales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

FARALDO CABANA, P.; *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

FARALDO CABANA, P.; “Las penas de los delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento”, en PUENTE ABA, L. M.; (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010.

FELIP I SABORIT, D. y RAGUÉS I VALLÉS, R.; “Torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006

FELIP i SABORIT, D.; “Maltrato y lesiones leves contra personas allegadas”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (director), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2006

FLAQUER i VILADEBÓ, L.; “El ocaso del Patriarcado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3º época N.º 4, 2001, Granada, España.

FLAQUER i VILARDEBÓ, L.; “El ocaso del Patriarcado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3º época, núm. 4, 2001, Granada, España.

FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.

FOUCAULT, M.; *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Décimo sexta reimpresión, S. XXI, Madrid, 2009.

GALEANA, P.; “Mujer, Justicia y Derechos Humanos” en *Revista Mexicana de Justicia, Nueva Época, Núm. 4*, 1998, México DF.

GANZENMÜLLER R., ESCUDERO MORATALLA JF y otros; *La violencia Doméstica: regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, 1ª ed, Barcelona 1999

GANZENMÜLLER ROIG, C.; “El fiscal en la investigación de los delitos contra la violencia familiar”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales III, Jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 28, 29 y 30 de junio de 1999*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999.

GANZENMÜLLER ROIG, C.; ESCUDERO MORATALLA, J. F.; FRIGOLA VANILLA, J.; “La violencia doméstica” en *Actualidad Penal*, núm. 16, 19 al 25 de abril de 1999.

GANZENMÜLLER ROIG, G., ESCUDERO MORATALLA, J. F., FRIGOLA VALLINA, J., *La Violencia Doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, 1999, Barcelona

GARCÍA ÁLVAREZ, J.; DEL CARPIO DELGADO, P.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar (LO 14/1999, de 9 de junio). Problemas Fundamentales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000

GARCÍA ARÁN, M.; “Art. 153” en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (Directores), *Comentarios al Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

GARCÍA ARÁN, M.; “Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático”, MUÑOZ CONDE, F.; (Director), en *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2008

GARCÍA ARÁN, M.; “La protección penal de la integridad moral” en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. y HIGUERA GUIMERÁ, J. F. en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A.; *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos. 5ª ed. corregida y aumentada*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005

GARCÍA RAMÍREZ, S.; *El sistema penal mexicano*, Fondo de cultura económica, México, 1993.

GARCÍA VITORIA, A.; “El cumplimiento del alejamiento e incomunicación del agresor con la víctima. Métodos tecnológicos de control” en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 8, 2005

GARCÍA, C. G.; “Los derechos humanos de las mujeres: una mirada histórica.” *Revista Mexicana de Justicia, Nueva Época*, núm. 4, 1998 México DF.

GARZA TARAZONA, SILVIA, *La Mujer Mesoamericana*, Editorial Planeta Mexicana, México DF, 1991

GIL RUIZ, J. M.; *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad (L. O. 3/2007, de 22 de marzo)*, Dykinson, Madrid, 2007

GIMBERNAR ORDEIG, E.; *Prólogo a la décima edición del Código Penal*, Tecnos, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, E.; “La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal Constitucional”, *El Mundo*, 16 de junio de 2008

GIMERNAT ORDEIG, E.; “Los nuevos gestores de la moral colectiva”, *El Mundo*, 10 de julio de 2004

GÓMEZ INIESTA, D.; “Artículo 171” en ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1ª edición, 2007

GÓMEZ MARTÍN, V.; *El Derecho penal de autor*, Tiran Lo Blanch, Valencia, 2007

GÓMEZ NAVAJAS, J.; “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal” en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 11, Aranzadi, 2004

GÓMEZ NAVAJAS, J.; “Lista de delincuentes: ¿pena de escarnio público?”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.); *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2002

GÓMEZ RIVERO, C.; “Algunos aspectos del delito de malos tratos” en *Revista Penal* núm. 6, Julio de 2000

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (Coord.), en *Tutela procesa frente a hechos de violencia de género. La protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Colección <<Estudis jurídics>> Núm., 13, Universidad Jaume I., 2007

GONZÁLEZ CUSSAC, J. M.; MATALLÍN EVANGELIO, A.; ORTS BERENGUER, E.; ROIG TORRES, M.; ROIG TORRES, M.; *Derecho penal. Parte especial. Tomo VII*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007

GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Violencia sobre la esposa o persona vinculada con el autor por relaciones familiares o análogas”, en COBO DEL ROSAL, en *Derecho Penal Español. Parte especial. 2ª edición revisada y puesta al día con las últimas reformas*, Dykinson, Madrid, 2005

GONZÁLEZ RUS, J. J.; “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas o coacciones”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo Del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005

GONZÁLEZ RUS, J. J.; “Reconsideración crítica del concepto <habitualidad> en el delito de violencia doméstica”, en *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de santiago de Compostela, 2005

GRACIA MARTIN, “Art. 153” en DÍEZ RIPOLLÉS, L. y GRACIA MARTÍN, L. (Coords); *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I. Títulos I a VI y faltas correspondientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997

GRACIA MARTÍN, L.; “Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica” en CEREZ MIR, J.; SUÁREZ MONTES, R. F.; BERISTAIN IPIÑA, A.; ROMEO CASABONA, C. M.; (editores), *El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999

GRACIA MARTIN, L.; “El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995”, en Delitos contra la vida e integridad física, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995

GRAZIOSI, M.; “El derecho frente a la violencia de género”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.), en *Genero, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

GROSMAN C., MESTERMAN, ADAMO, *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, Ed. Universidad. Buenos Aires 1989

LARRAURI, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, Ed. Trotta, Madrid, 2007.

GUIL BOZAL, A., “Mujeres, Universidad y cambio Social: tejiendo redes”, en las I Jornadas de Sociología Sevilla 15 y 16 de Junio 2005, *El cambio social en España. Visiones y retos de futuro*, en http://www.amit-es.org/descarg/ana_guil.pdf.

GUISASOLA LERMA, C.; *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

GUTIÉRREZ ROMERO, F. M.; “Novedades introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XV, núm. 675, Navarra, 30 de Junio de 2005.

HASSEMER, W.; “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en *Pena y Estado*, núm. 1, Barcelona, 1991

HASSEMER, W.; “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en *La Teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ronald Hefendehl (ED), Edición española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Iñigo Ortiz de Urbina Presentación de Enrique Gimbernat, Marcial Pons, Madrid, 2007

HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F.; *Introducción a la Criminología*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.

HERNÁNDEZ EHLERS, A. L.; “Violencia Intrafamiliar”, *Revista de Trabajo Social*, núm. 20, Enero-Marzo 1998, México DF.

HERNÁNDEZ ROSETE, Daniel, “Pobreza urbana y Violencia doméstica en hogares de la Ciudad de México, ciudades, participación y riesgo”, *Revista de Sociología, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales*, núm. 22, Enero-Abril, 1998.

HIGUERA GUIMERÁ, J. F.; “Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTIN, M. A.; en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

HUERTA TOCILDO, S.; “Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO; GURDIEL SIERRA, M.; CORTÉS BECHIARELLI, E.; (Cords.), en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004

HUNTINGTON, S. P.; *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Paidós, Barcelona, 2005.

JAEN VALLEJO, M.; *Derecho Penal aplicado (Parte General y Parte Especial)*, Ed. Colex, Madrid, 2003

JAKOBS, G.; “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G. y CAMCIO MELIÁ, M.; *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson, Civitas, Madrid, 2006

JAKOBS, G.; “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, (traducido por Teresa Manso Porto), en ESER, A.; HASSEMER, W.; BURKHARDT, B. Coordinadores de la versión alemana) y MUÑOZ CONDE, F. (Coordinador de la versión española); *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

JAKOBS, G.; *Sobre la normatización de la Dogmática jurídico penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.; *Derecho penal conforme al Código de 1928. Primera Edición, II, Parte Especial*, ed. Reus, Madrid, 1929.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J.; “Estudio preliminar” en BECCARIA, C.; *De los delitos y de las penas (estudio preliminar de José Jiménez Villarejo y traducción de Juan Antonio de las Casas)*, Tecnos, Madrid, 2008, p. XXXV.

JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.; “Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable”, en MORILLA CUEVA, L.; (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 2002.

KINSEY, Alfred C.; *Conducta sexual de la mujer* con el apoyo del Instituto de investigaciones sexuales, de la Universidad de Indiana, versión al castellano de Juan Pablo Echagüe, Buenos Aires, 1954.

KINSEY, Alfred C.; *Conducta sexual del varón*, traducción al español por el Dr. Federico Pascual del Roncal, 1ª ed. española, México DF, 1949.

LABARI, N. Terrorismo Doméstico, “Veinte argumentos para una ley”, un documento de El Mundo, <http://www.el-mundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malostratos/favorycontra.html>.

LANDROVE DÍAZ, G.; *El nuevo Derecho penal, (Prólogo de Francisco Muñoz Conde)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 107-108.

LANZOS ROBLES, A., “La violencia doméstica (una visión General)”, *La violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos*, en Escuela Judicial CGPJ, Madrid, 2001.

LARRAURI PIJOAN, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Febrero, 2009.

LARRAURI PIJOÁN, E.; Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Año 2004, VIII Legislatura, Núm. 67, Trabajo y Asuntos Sociales. Presidencia de la Excm. Sra. D^a. Carmen Marón Beltrán, Sesión núm. 7 (extraordinaria), celebrada el jueves, 22 de julio de 2004, Núm. de expediente 219/000020).

LARRAURI PIJOAN, E.; *Criminología Crítica y violencia de género*, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

LARRAURI, E. “Una crítica feminista al Derecho penal” en LARRAURI, E.; y VARONA, D.; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995

LARRAURI, E.; “Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de amenazas”, en *Cuadernos de política criminal, núm. 33*, Instituto universitario de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1987.

LARRAURI, E.; ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? en Ciencias penales, *Revista de la Asociación de Ciencias penales de Costa Rica*, Septiembre 2004, Año 16, núm. 22

LARRAURI, E.; “Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia... y algunas respuestas del feminismo oficial”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008,

LARRAURI, E.; “Control formal y el derecho penal de las mujeres”, en LARRAURI, E.; *Mujeres, Derecho penal y criminología*. S. XXI de España Editores, S.A., 1^a Ed., Madrid, 1994

LARRAURI, E.; “Control informal: las penas de las mujeres” y “Control formal:...y el derecho penal de las mujeres” en LARRAURI, E. (Comp.), *Mujeres, Derecho Penal y criminología*, s. XXI, Madrid, 1994

LARRAURI, E.; “Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; (Coords.), *Dogmática y Ley penal, Libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

LARRAURI, E.; “Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Febrero 2009

LARRAURI, E.; “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 55, marzo 2006.

LARRAURI, E.; “Una crítica feminista al derecho penal” en LARRAURI, E. y VARONA, D.; *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995

LARRAURI, E.; “Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del derecho”, en LARRAURI, E.; VARONA, D.; *Violencia doméstica y legítima defensa*, Eub, Barcelona, 1995.

LAURENZO COPELLO, P.: “La violencia de género en la ley Integral. Valoración político criminal”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17, 2005

LAURENZO COPELLO, P.; “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999.

LAURENZO COPELLO, P.; “La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo” en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.); *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

LAURENZO COPELLO, P.; “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., SERTA In memoriam Alexandri Baratta, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004

LAURENZO COPELLO, P.; “Modificaciones del Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, IV, 2006.

LAURENZO COPELLO, P.; “Violencia de género y derecho penal de excepción; entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo” en *Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004*”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, IX, 2007, CGPJ, Madrid, 2008.

LAURENZO COPELLO, P.; *El fundamento de las indicaciones en el aborto*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990.

LÁZARO CARRETER, F., “Con algún género de dudas”, en *El País*, 4 de marzo de 2002

LIMA, MARIA DE LA LUZ.; “Violencia Intrafamiliar”, *CRIMINALIA*, Año LXI, N 2 Mayo-Agosto 1995, México DF, p. 224.

LOMAS, C.; “El otoño del Patriarcado: El aprendizaje de la masculinidad y la feminidad en la cultura de masas y la igualdad entre hombres y mujeres” en *Cuadernos de Política Criminal*, vol.18, 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.; RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.; *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988

LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T.; “El punto de vista feminista”, en *Estudios multidisciplinares de Género*, Centro de Estudios de la Mujer, Universidad de Salamanca, 2004.

LÓPEZ IBOR-ALIÑO, J. J.; (Dir. de la edición española), *DSM-IV, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (responde a sus siglas en inglés, DSM; Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)*, Masson, Barcelona, 1995

LORENTE ACOSTA, M. Y LORENTE ACOSTA, J. A.; *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*. Editorial Comares, Granada, 1998.

LORENTE ACOSTA, M.; “Hay que medir la peligrosidad del agresor”, *El Periódico feminista*, miércoles 27 de diciembre de 2006, en http://www.mujeresenred.net/news/article.php3?id_article=875.

LORENTE ACOSTA, M.; *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ed. Ares y Mares, Barcelona, 2001

MACIAS AVILÉS, R.; “Hacia un código del niño y la familia”, *Comisión estatal de derechos humanos*, Núm. 12, Enero-Junio 1996, San Luis Potosí S. L. P, México

MAGRO SERVET, V.; *Violencia Doméstica y de Género. 285 preguntas y respuestas*, Sepin, Madrid, 2007

MAJFUD, J.; “En Las trampas de la moral. Mujeres, homosexuales y la tradición del Patriarcado Latinoamericano”, en <http://majfud.50megs.com/patriarcado.htm>.

MALINOWSKI, B.; *Crimen y Costumbre en la Sociedad salvaje*, 6ª Edición, Ariel, Barcelona, 1982.

MAQUEDA ABREU “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica a la la Ley Integral”, en *Revista Penal*, núm. 18, Julio 2006

MAQUEDA ABREU, M. L.; “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en QUINTERO OLIVARES, G.; MORALES PRATS, F.; (Coords.), *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001

MAQUEDA ABREU, M. L.; “1989-2009: Veinte años de <<desencuentro>> entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en DE HOYOS SANCHO, M.; (Dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex nova, 2009

MAQUEDA ABREU, M. L.; “La Violencia de Género. Entre el concepto jurídico y la realidad social” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 8, 2006

MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso Feminista Crítico”, *Revista para el análisis del Derecho*, Indret, núm. 4, Barcelona, octubre, 2007

MAQUEDA ABREU, M. L.; “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en LAURENZO, P.; MAQUEDA, M. L.; RUBIO, A.; (Coords.) en *Género, violencia y derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008

MAQUEDA ABREU, M. L.; “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”, en CARLOS GARCÍA VALDÉS, C.; CUERDA RIEZU, A.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, ALCACER GUIRAO, R.; VALLE MARISCAL DE GANTE, M.; (Coordinadores), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Tomo I*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 451.

MARCHENA GÓMEZ, M.; *La reforma y actualización del Código Penal (LO 3/1989 de 21 de junio)*, Las Palmas de Gran Canaria, ISCE, 1989

MARCOS AYJÓN, M.; “El nuevo Registro Central para la protección de las Víctimas de Violencia Doméstica”, en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 7, año I, Julio-Agosto, 2004.

MARCOS AYJÓN, M.; “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del art. 173 del código penal”, en *La Ley penal, Revista de derecho Penal, Procesal y Penitenciario, Estudios Monográficos de Violencia Doméstica*, núm. 2, Año I, febrero 2004.

MARGADANT ALDASORO, NAHUM G, “Experiencias mexicanas recientes con la violencia intrafamiliar”, *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, Núm. 4, México DF, 1998.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La Violencia Doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Ed. Comares, Granada 2001

MARTÍNEZ GARCÍA, E.; “La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre”, en BOIX REIG, J. y MARTÍNEZ GARCÍA, E.; (Coords.), *La nueva ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ GARCÍA, E.; *La tutela judicial de la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2008

MAYOR TEJERO, C.; “La aplicación real de las normas sobre violencia de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia domestica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

MAYORDOMO RODRIGO, V.; *Aspectos Criminológicos, victimológicos y jurídicos de los malos tratos en el ámbito familiar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2003

MAYORDOMO RODRÍGUEZ, V.; *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho Comparado*, Dilex, Madrid, 2005

MEIL LANDWERLIN, G.; “La violencia doméstica en el contexto del cambio familiar: una perspectiva sociológica” en, *La violencia en el ámbito familiar, aspectos sociológicos y jurídicos*. Madrid, 2001

MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F. L.; “El agresor como víctima. A propósito de la Tolerancia Cero en la violencia de género”, BUENO ARÚS, F.; KUYUY, H.; RODRÍGUEZ RAMOS, L.; ZAFARONI, E. R.; (Directores), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.; *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993

MENDOZA CALDERÓN, S.; “Hacia un derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006

MESTRE DELGADO, E.; “Delitos contra la Administración de Justicia”, en LAMARCA PÉREZ, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Madrid, 2005.

MILLÁN SUSUNOS, R., “Intervención social grupal. Integrando la perspectiva de género (promoción de relaciones saludables y de buen trato), Atención primaria INSALUD”, en *Cuadernos de Trabajo Social*, Vol.18, 2005.

MIR PUIG, S.; “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del Ius Puniendi”, en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991

MOFFSON, G.; *Boletín trimestral de la red en defensa de los Derechos de las Mujeres de las defensorías del Pueblo en la República Argentina*, Año 7, nº 19, Enero-Marzo 2006, en <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/doc/notired19.doc>.

MOLINA, M.; “Ciudad Juárez, el fracaso de la civilización: 360 mujeres asesinadas, 600 desaparecidas (23 de diciembre de 2003)”, en <http://www.rebellion.org/mujer/031223molina.htm>.

MONGE FERNÁNDEZ, A.; “La violencia de género como delito habitual (impropio)”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M.A. (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006

MONGE FERNÁNDEZ, A.; NAVAS CÓRDOBA, J. A.; “Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer” en *Actualidad Penal*, núm. 9, 28 de febrero a 5 de marzo de 2000

MONTALBÁN HUERTAS, I.; “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género” en TENA FRANCO, I.; *La Violencia Doméstica: su enfoque en España y en el derecho Comparado*, Madrid, CGPJ, D.L, 2005.

MONTALBÁN HUERTAS, I.; *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, (Premio Rafael Martínez Emperador), Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2004.

MONTANER FERNÁNDEZ, R.; “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Octubre, 2007

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A; BARONA VILAR, S.; *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 15ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007

MONTERO GÓMEZ, A.; “Justicia en femenino ante violencia en masculino”, Andrés Montero Gómez es Presidente de la Sociedad española de Psicología de la Violencia. Artículo publicado originalmente en el diario El Correo, 2 de Julio de 2005, y reproducido por Iniciativa Socialista, verano 2005, en <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article277>

MORENO VERDEJO, J.; “Análisis del delito de maltrato familiar habitual. Anexo de jurisprudencia”, en POLO GARCÍA, S. y PARAMATO MARTÍN, T.; en *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, Cuadernos de Derecho judicial I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007

MORENO VERDEJO, J.; “El concepto de habitualidad en el delito del art. 153 del Código Penal: Aspectos procesales y sustantivos” en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II, 2000.

MORILLAS CUEVA, L. (coord.) “Respuestas del código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, en *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis criminológico del delito de Violencia Doméstica*, Cádiz, 2003.

MÚGICA SAN EMETERIO, E.; “El perfil psicológico de la víctima y el agresor” en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

Mujeres en red, “Mutilación genital femenina” en <http://www.nodo50.org/mujeresred/msf.htm>. (Consultado en marzo de 2008).

MUÑAGORRI LAGUÍA, I.; “Las violencias en el ámbito familiar”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1994

MUÑÍZ E. Y CORONA, A., coaut, “Indigenismo y Género: Violencia Doméstica”, *Nueva Antropología*, Vol. XV, Núm. 49, Marzo 1996, México DF, en <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=15904904>

MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), BERDUGO, I.; GARCÍA ARÁN, M.; *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.; *Derecho penal. Parte general, Sexta edición revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004

MUÑOZ CONDE, F.; *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal, Parte Especial, Décimo quinta edición, revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004

MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho penal. Parte especial, Décimo sexta edición revisada y puesta al día*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

MUÑOZ CONDE, F.; Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Valle Muñiz*, Aranzadi ed. Navarra, 2001

MUÑOZ SÁNCHEZ, J.; *Los delitos contra la integridad moral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999

MUÑOZ SÁNCHEZ, J.; “El delito de violencia doméstica habitual. Artículo 173.2 del código penal”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A. y RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords); *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006

MUÑOZ VILLARREAL, A., “La Organización del Trabajo en el Imperio Mexica”, Madrid, Octubre, 2006 consultar en http://www.graduadosocial.com.es/elgraduado/49/imperio_mexica.html.

NANI, E.; “Género y Violencia”, en CADOCHÉ, SARA NOEMÍ (Directora), *Violencia familiar*, Rubinzal- Culzoni editores, Buenos Aires, 2002.

NICOLÁS LAZO, G.; “Debates en epistemología feminista: del empiricismo y el standpoint a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009

NOGUEIRAS GARCÍA, B., BLANC PRIETO, P., PLIEGO CID, P., “Los talleres y grupos de reflexión entre mujeres como prevención de la violencia. Una experiencia en una concejalía de Mujer” en *Cuadernos de Trabajo Social, Vol. 18*, 2005.

NUÑEZ CASATÑO, E.; *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002

OLEMDO CARDENETE, M. “Artículo 153” en COBO DEL ROSAL, M. (Director), *Comentarios al Código Penal, Tomo V*, Edersa, Madrid, 1999

OLMEDO CARDENETE, M.; *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.

OREJÓN SÁNCHEZ DE LAS HERAS, N.; *Delitos de violencia en el ámbito familiar. Las agravantes específicas y prohibición de incurrir en bis in idem*, Civitas, Madrid, 2007

OSBORNE, R.; “Debates en torno al feminismo cultural” AMORÓS, C.; DE MIGUEL, A.; (Editoras), *Teoría Feminista: De la Ilustración a la Globalización. Del Feminismo liberal a la Postmodernidad, tomo II*, Minerva Ediciones, 2ª edición, Madrid, 2007.

OSHO; *Lecciones de vida, Educando al nuevo niño: concediendo libertad, respetando la privacidad y nutriendo la inteligencia*, Suiza, 2005

PACHECO, F.; *El Código Penal concordado y comentado, Tomo III, 6ª edición corregida y aumentada*, Madrid, 1888.

PAZ, Octavio.; *El Laberinto de la Soledad*, Colección Popular, Fondo de Cultura Económica, Vigésima primera reimpresión, 1992, México.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; “El debate sobre la violencia de género. Las críticas a la propuesta del Gobierno contra el maltrato reflejan, dice el autor, ignorancia sobre los derechos humanos”, en *El País* a 23 de junio de 2004.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; Comparecencia en el Congreso de los Diputados, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales, Sesión núm. 5, celebrada el lunes 19 de julio de 2004.

PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; CANCIO MELIÁ, M.; “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günter Jakobs (Traducción al castellano y Estudio Preliminar PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C.; CANCIO MELIÁ, M)”, en JAKOBS, G.; *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

PERAMATO MARTÍN, T.; “La violencia de género e intrafamiliar en el Derecho penal español” en IGLESIAS CANLE, I. C.; y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.; (Coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009

PÉREZ CONTRERAS, M^a de Montserrat, “La Violencia contra la mujer”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXXV*, Núm. 103, Enero-Abril 2002.

PÉREZ CONTRERAS, MARÍA DE MONSERRAT, “La violencia contra la mujer, un acercamiento al problema”, en *Boletín mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXX*, Núm. 103, Enero-Abril 2002 Consultar en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art7.htm>

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, A., “La Violencia Familiar, un concepto difuso en el Derecho Internacional y en el Derecho Nacional”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XXXIV*, núm. 101, Mayo-Agosto, México D.F., 2001.

PÉREZ FONS, R. Y ALAMILLA SANDOVAL, N., coaut en “Propuestas para abatir la violencia intrafamiliar”, *ASAMBLEA, Vol. 2, núm. 18, Julio 1996*, México DF.

PÉREZ MACHÍO, A. I.; “Concreción del concepto jurídico de mobbing, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”, en *Revista de Ciencia penal y Criminología*, núm. 6, 2004

PITCH, T.; *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, (traducción de Cristina García Pascual), Ed. Trotta, Madrid, 2003

PITCH, T.; “Justicia penal y libertad femenina” en BODELÓN, E.; “Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico”, en NICOLÁS, G.; y BODELÓN, E.; (Comps.), *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona, 2009

POLAINO NAVARRETE, M.; *El bien jurídico en el Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 19, 1974

POLAINO ORTS, M.; “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”, *INDRET, Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2008.

QUERAT i JIMÉNEZ, J. J.; “La respuesta penal de la Ley Orgánica 1/2004 a la Ley de Violencia de Género”, en MONTALBÁN HUERTAS, I.; (Directora), *La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 2005

QUINTANILLA BARABA, C., “Análisis sociológico de la Violencia Doméstica. De un problema individual a un problema social, la Violencia Doméstica como un problema estructural” en *Congreso de Violencia Doméstica. Observatorio sobre la Violencia Doméstica 12 y 13 de junio 2003*, CGPJ, Madrid, 2004

QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al nuevo Código penal, 3ª edición revisada y puesta al día*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004

QUINTERO OLIVARES, G.; *Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, Cedes editorial, Barcelona, 1996

QUINTERO OLIVARES, G.; *Los delitos especiales y teoría de la participación*, Cymys, Barcelona, 1974

RAMÓN RIBAS, E.; “Las relaciones entre los delitos de violencia de género y violencia doméstica”, PUENTE ABA, L. M.; (Dir.), *La respuesta penal de la violencia de género. Lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Comares, Granada, 2010.

RAMOS LIRA, LUCIANA, ROMERO MENDOZA, MARTHA COAT Y JIMÉNEZ ELISA COAUT “Violencia Doméstica y maltrato emocional. Consideraciones sobre el daño psicológico en Cortés”, 1998, *Boletín de salud reproductivo y sociedad*, Año II, núms. 6-7, Mayo-Diciembre 1995, México DF

RAMOS MÉNDEZ, F.; *Enjuiciamiento Criminal, 7ª Lectura Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2004.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A.; “Sobre el consentimiento de la mujer maltratada en el quebrantamiento de una orden de alejamiento”, en *Anuario de la Facultad de Dereito Da Universidade da Coruña (Revista jurídica interdisciplinar internacional)*, núm. 10, 2006.

RIADURA MARTÍNEZ, M. J., “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la LO de Medidas de protección contra la violencia de género” en *La Nueva Ley contra la Violencia de Género (L.O. 1/2004 de 28 de Diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005

ROBLES PLANAS, R.; *La participación en el delito: Fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M y SERRANO GÓMEZ, A.; *Derecho penal español. Parte especial. Decimoséptima edición*, Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, C.; “El Delito de malos tratos en el ámbito familiar”, SÁNCHEZ LÓPEZ, V.; DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R.; *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, C.; “Notas sobre la última Reforma Penal en materia de Violencia Doméstica”, DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.^a R.; FABIÁN CAPARRÓS, E., RODRÍGUEZ GÓMEZ, C.; *La Reforma Penal a debate*, Salamanca, 2004

RODRÍGUEZ MESA, M. J.; “Art. 173”, en en ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; FERRÉ OLIVÉ, J. C.; GARCÍA RIVAS, N.; SERRANO PIEDECASAS, J. R.; TERRADILLOS BASOCO, J. M.; *Comentarios al código penal*, Iustel, 1^a edición, 2007.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord), *Código Penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 2005

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Coord). *Código Penal. Concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, La Ley, Madrid, 2007

ROMEO CASABONA, C. M.; *Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Granada, Comares, 2004.

ROSETE, D.; “Pobreza urbana y violencia doméstica en hogares de la Ciudad de México. Ciudades, participación y riesgo”. *Sociología. Facultad de Ciencias Políticas y sociales*. Núm. 22, Enero-Abril, 1998.

ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K.; *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal, Versión española, notas y comentarios de los profesores LUIS ARROYO ZAPATERO y JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989.

RUBIALES TORREJÓN, A., “Evolución de la situación jurídica de la mujer en España” a 31 de Octubre de 2003 en <http://www.ciudadanas.org/documentos/textoCONFERENCIA.pdf>.

RUBIO LARA, P. A.; “Violencia de género y derecho penal: hacia una correcta y completa formulación del carácter integral de la tutela penal de la violencia de género”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 93, Edersa, 2007.

RUEDA MARTÍN, M. A.; “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y de género”, en BOLDOVA PASAMAR, M. A.; RUEDA MARTÍN, M. A.; (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, 2006

SAEZ VALCÁRCEL, R.; “Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 58, marzo 2007

SALINAS BERINSTÁIN, L, “De la Declaración Universal de los Derechos Humanos a la Convención de Belem Do Pará”, *Revista Mexicana de Política Exterior*, Nueva Época, núms. 55-56 Octubre-Febrero, 1998-1999, México, DF.

SALINAS BERINSTÁIN, L.; “La Conferencia de Beijing y los Derechos humanos de la Mujer”, *Revista Mexicana de Política Exterior, Nueva Época*, núm. 48 Julio-Septiembre 1995 México DF.

SANZ MORÁN, A. J.; “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en BUENO ARÚS, F., KURY, H., RODRÍGUEZ RAMOS, L., y ZAFFARINI, E. R. (Directores.); *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios Homenaje al Profesor Alonso Serrano Gómez*, Dykinson, 2006

SANZ MULAS, N.; “Título IV, tutela penal”, en SANZ MULAS, N.; GONZÁLEZ BUSTOS, M. A.; MARTÍNEZ GALLEGO, E.; *Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.

SANZ MULAS, N.; “El maltrato y la mujer”, en MARTÍNEZ GALLEGO, E.; SANZ MULAS, N.; (Coords.), *Derecho y Mujer. Guía práctica para la resolución de problemas legales*, Ratio Legis, Salamanca, 2007

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUM ESCORIZA, J., MOYA CASTILLA, J M.; *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una Visión práctica*. Barcelona, 2005

SARIEGO MORILLO, J. L.; “Apuntes sobre las causas de la violencia doméstica. Alternativas” en *Familia y Violencia: Enfoque jurídica. Asociación española de abogados de familia*, Madrid, Dykinson, 1999

SAUCEDO GONZÁLEZ, IRMA, “La relación violencia salud-reproductiva: un nuevo campo de investigación”, *Boletín de Salud reproductiva y Sociedad, Año II, núms. 6-7*, Mayo-Diciembre 1995, México DF.

SEGURA ABAD, L. J.; “La atención primaria como medio de prevención de la violencia doméstica. Aspectos médico-legales”, en Encuentros “Violencia Doméstica”, CGPJ, Madrid, 2004

SCHÜNEMANN, “Sistema de derecho penal y Victimodogmática”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, L. F.; (Eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje a Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003

SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAÍLLO, A.; en *Derecho Penal. Parte Especial, Duodécima edición*, Dykinson, Madrid, 2007

SERRANO GÓMEZ, A y SERRANO MAÍLLO, A.; en *Derecho Penal. Parte Especial, Duodécima edición*, Dykinson, Madrid, 2007

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A; *Derecho Penal, Parte Especial*, 13ª ed., Dykinson, Madrid, 2008

SERRANO GÓMEZ, A.; “Legislación líquida. Una nota sobre el Proyecto de Ley de 2009 de Reforma del código penal”, en *Revista penal de Ciencia penal y Criminología*, núm. 12, 2010

SERRANO, J. L.; “La Familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, núm. 4, Granada, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.; “La regulación de la <comisión por omisión”, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, IBdF, 2ª edición, Montevideo- Buenos Aires, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Bosch, 1986

SMART, C.; “La mujer del discurso jurídico” en LARRAURI, E. (Comp.); *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Editorial s. XXI, Madrid, 1994

SOTO NAVARRO, S.; *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Prólogo: José Luis Díez Ripollés, Ed. Comares, 2003.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.; “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 12, 2010.

TAMARIT i SUMALLA, J. M.; *La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del código penal de 21 de junio de 1989)*, PPU, Barcelona, 1990

TAMARIT i SUMALLA, J.; “Artículo 173”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Director) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2004.

TARASCO, M.; “El informe Kinsey: Falsedades mundialmente difundidas. Investigaciones sobre la sexualidad humana”, en <http://www.conoze.com/doc.php?doc=1422>.

TORRENTE, D.; *Desviación y delito, ciencias sociales*, Alianza editorial, Madrid, 2001.

TORRES FALCÓN, M.; *La violencia en casa*, Paidós. México, 2005

VAELLO ESQUERDO, E., *Los delitos de Adulterio y Amancebamiento*, Bosch, Barcelona, 1976.

VALCARCE LÓPEZ, M.; “Violencia psíquica”, en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I, Jornadas celebradas en el centro de estudios jurídicos de la Administración de Justicia durante los días 25, 26 y 27 de mayo de 1998*, Ministerios de Justicia, Madrid, 1998-1999.

VALEIJE SÁNCHEZ, I.; “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. XXVI, 2006, Santiago de Compostela.

VELASCO NUÑEZ, E.; “Las medidas cautelares en la Ley Integral contra la violencia de género”, *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 15, Año II, abril 2005

VELAZCO GAMBOA, E.; “Violencia Intrafamiliar, mal social, mal universal”, *ASAMBLEA*, Vol. 3, núm. 26, Marzo, 1997, México DF.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.; “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de la constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9, 2007

Violencia Femenicida en la República mexicana, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. LIX Legislatura. Comisión Especial para conocer y dar seguimiento a las investigaciones relacionadas con los Femicidios en la República Mexicana y a la Procuraduría de justicia vinculada. Tomo II. México, julio 2006.

VON LISZT, F.; *La idea del fin en el Derecho penal, Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*, (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar. Traducción de Carlos Pérez del Valle), Comares, Granada, 1995.

ZAFFARONI, E. R.; “El discurso feminista y el poder punitivo”, en BIRGIN H.; (Comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del Derecho penal*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 2000.

ZAFFARONI, E. R.; *El enemigo en el Derecho penal*, Sociedad anónima editora, comercial, industrial y financiera, Buenos Aires, 2006

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, Ed. Colex, Madrid, 2001

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.; *Política Criminal*, CISE, Universidad de Salamanca, 2004.