

VIOLENCIA DE GÉNERO: ELEMENTOS DE LOS TIPOS PENALES CON MAYOR DIFICULTAD PROBATORIA

Inés Olaizola Nogales

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

Resumen: En el trabajo se pone de manifiesto que las últimas reformas legales relativas a la violencia de género han hecho que se refuerce la persecución de la violencia ocasional, dejando de lado la violencia habitual. Toda violencia de género es deleznable, pero no toda es igual de grave. En este sentido los esfuerzos por parte de todos los profesionales deben ir prioritariamente encaminados a detectar y a prevenir la violencia habitual por ser la más grave y la más peligrosa. En el trabajo se analizan aquellos elementos que provocan, en ocasiones, la no aplicación del art. 173.2 Código Penal.

Palabras clave: violencia, violencia ocasional, violencia habitual, violencia física, violencia psicológica, habitualidad.

Abstract: The article reveals that the latest legal reforms regarding gender-based violence have led to the prosecution of occasional violence being bolstered, while leaving habitual violence to one side. All gender-based violence is contemptible, but not all gender-based violence is

Recibido: abril 2010. Aceptado: octubre 2010

equally as serious. In view of this, the priority aim of the efforts of all those working in the field should be to detect and prevent habitual violence because it is the most serious and most dangerous form. The article analyses the factors which, on occasions, lead to the non-application of art. 173.2 of the Criminal Code.

Keywords: violence, occasional violence, habitual violence, physical violence, psychological violence, habitualness.

Sumario: I. Introducción. 1. Situación de la Administración de la Justicia antes de las reformas legislativas más importantes. 2. La posición de la mujer-víctima en el procedimiento penal. II. Estudio de los tipos penales. 1. Delito de violencia habitual. 1.1. Bien jurídico. 1.2. Elementos típicos con mayores dificultades probatorias. 1.2.1. *La violencia psicológica*. 1.2.2. *Habitualidad*. 1.2.3. *Conclusión y consecuencias*. 2. Delito de violencia ocasional (arts. 153, 141.4 y 5, 172.2, 184.4 y 5, 620 *in fine*). 2.1. Conversión de algunas faltas en delitos (arts. 153, 171.4 y 5, 172.2). 2.2. Protección reforzada a la mujer o a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. 2.3. La pena: especial referencia al quebrantamiento. 2.3.1. *La prohibición de acercamiento: su preceptiva aplicación*. 2.3.2. *El quebrantamiento*. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

I. Introducción¹

Pocos temas han generado tanto discusión doctrinal como el tema de la violencia doméstica y de género. Resulta imposible abarcar todos los trabajos que de una forma u otra han tratado problemas relacionados con estas clases de violencia. Se discute, desde la propia definición de los conceptos —violencia doméstica y violencia de género—, pasando por las distintas opciones legislativas, la bonanza de las mismas, la interpretación de los tipos penales e incluso la constitucionalidad de algunos artículos del CP. Se han

1 El presente trabajo se enmarca en el contexto del Proyecto de Investigación SEJ 2007/60312-Juri, subvencionado por el MEC y fondos FEDER, dirigido por el Prof. Dr. D. Miguel Díaz y García Conlledo, de cuyo equipo investigador formo parte. También se beneficia indirectamente del Proyecto de Investigación subvencionado por el Gobierno de Navarra, del que soy investigadora principal.

planteado varios recursos de inconstitucionalidad sobre el art. 153.1 y sobre el 171.4 alegando la vulneración de principios, tan fundamentales en nuestro sistema penal, como el principio de proporcionalidad o el principio de igualdad. —A las Sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven estos recursos me referiré más abajo— Se ha criticado también la creación de los Juzgados de Violencia sobre la mujer, la dispensa que el art. 416 LECrim. le otorga al cónyuge de declarar contra su cónyuge, etc.

Pero la discusión no es sólo teórica, sino también práctica. Es frecuente oír las quejas de los operadores jurídicos, que trabajan en este ámbito, acerca de la imposibilidad de realizar correctamente el trabajo, debido, entre otras razones, a la escasez de medios, a la avalancha de denuncias, al escaso margen que les permiten los juicios rápidos, etc. Por si esto fuera poco, las víctimas, en su mayoría mujeres, no actúan como el resto de las víctimas, o al menos no actúan como *se espera* que actúe una mujer maltratada, al contrario, son víctimas que se retractan en muchas ocasiones, que se niegan a declarar, que no comparten las sentencias, que favorecen la violación de las prohibiciones de alejamiento. Todo esto genera un malestar que acaba volviéndose en contra de las propias mujeres. No son raras aquellas voces que critican a la mujer porque no denuncia una determinada situación “*Cómo aguantará tanto*” y a la vez se le crítica cuando denuncia, por sospechar que lo hace por motivos espúreos, tales como *quedarse con el piso*. Por otro lado, es frecuente también acabar recriminando a la mujer que retira la denuncia, acusándole de falta de coherencia, y, también, es extendida la idea de que muchas de las denuncias son falsas.

En fin, todo este acervo de críticas, algunas más acertadas que otras, como trataré de explicar a lo largo de este trabajo refleja, desde mi punto de vista dos cosas. La primera, que nos encontramos ante un tema, el de la violencia doméstica y de género, que ha pasado de ser considerado un tema privado que se arreglaba *dentro del hogar* a un tema de enorme trascendencia social, en el que se ha implicado toda la sociedad, empezando por los medios

de comunicación —raro es el día en el que no encontramos una noticia relacionada con este tema en los medios—, pasando por los operadores jurídicos, los trabajadores sociales, los psicólogos, las asociaciones feministas y no feministas, etc. La segunda consideración que se deduce de las críticas es que las distintas reformas legales sucesivas y múltiples no han sido del todo adecuadas. Adelanto ya que no parto de una posición catastrofista, como algunos autores², porque creo que si bien algunas de las reformas penales han sido incorrectas, y me referiré a ellas a lo largo de este trabajo, otro tipo de medidas (sociales, educativas, laborales), introducidas por la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género LO 1/2004, de 28 de diciembre (LVG), han sido claramente positivas y desde luego necesarias. Y ello, más allá de que también se puedan efectuar algunas críticas, especialmente acerca de que estas medidas extrapenales se hagan depender de la previa denuncia penal (art. 23 LVG)³.

Antes de entrar en la parte estricta de mi trabajo creo que es importante hacer referencia a dos cuestiones previas.

1. Situación de la Administración de Justicia antes de las reformas legislativas más importantes

La primera cuestión previa consiste en recordar cuál era la situación en la Administración de Justicia antes de las reformas penales más trascendentes⁴, no con ánimo de justificar dichas

2 Claro ejemplo de esta posición catastrofista, aunque no es el único, es GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la 10ª ed. CP*, Tecnos, 2004.

3 LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 104 s.

4 Me refiero fundamentalmente a la reforma del CP operada por LO11/2003, de 29 de septiembre, que cambia de ubicación el precepto de violencia doméstica habitual y lo sitúa en el art. 173.2, dentro de los delitos contra la integridad moral, y, por otro lado, tipifica como delito, en el art. 153, conductas que antes sólo constituían faltas de lesiones, malos tratos o amenazas. La otra gran reforma viene de la mano de la LVG LO1/2004, de 28 de diciembre que trae consigo importantes reformas penales y procesales, que se irán analizando a lo largo del trabajo. Para una visión completa del itinerario legislativo, BOLEA BARDON, *RECPC 09-02* (2007), 1 ss.

reformas, sino con el objetivo de buscar alguna explicación de por qué se hicieron. Resulta sumamente interesante el trabajo de CALVO GARCÍA⁵. En él, este autor estudia el periodo comprendido entre los años 1999-2002 llegando a las siguientes conclusiones: 1) por regla general las denuncias por violencia doméstica eran tramitadas como falta en el periodo de referencia, en más del 70% de los casos. 2) En el periodo de 1999 este autor analizó el fallo de 4.568 sentencias de los cuales el 66,5% habían sido absolutorios. Si se enfoca el análisis desde los Juzgados de Instrucción, el estudio revela que la absolución era la norma en el caso de las faltas, un 72% de absoluciones, frente a un 27% de sentencias condenatorias. Al revés, en los Juzgados de lo Penal se producían un 84,6% de sentencias condenatorias. 3) En el periodo 2000-2002 las cifras son similares, alcanzando las sentencias absolutorias en los Juzgados de Instrucción un porcentaje del 71%, frente a un 29% de sentencias condenatorias. En los Juzgados de lo Penal las absoluciones alcanzaban un 16% frente a un 86% de sentencias condenatorias. 4) Por otra parte, la sanción que se imponía con carácter general a los agresores era la de multa, pena que devenía ineficaz y en algunas ocasiones perjudicial para la víctima, al depender la economía familiar, en muchos casos, de los ingresos del agresor. 5) Otra de las disfunciones más importantes, destacadas en la investigación, era el tiempo transcurrido entre la denuncia y el fallo. Así, en el periodo 2000-2002 el fallo podía tardar una media de 278 días. 6) Se discutía en relación a las medidas cautelares, en concreto a la medida de alejamiento, sobre si podía solicitarse como medida cautelar en los procesos por falta. En todo caso la concesión de medidas no alcanzaba ni el 40% en el caso de que la víctima fuera la mujer y llegaba al 47% en los casos de que la víctima fuera un menor.

Todas estas cuestiones fueron las que hicieron que muchas voces (no sólo voces feministas) pidieran reformas penales y procesales. Ahora bien, el poco acierto de algunas de dichas reformas es lo que ha motivado una gran cantidad de críticas.

5 CALVO GARCÍA, *Cuadernos penales-Lidón*, 2 (2005), 17 ss.

2. La posición de la mujer-víctima en el procedimiento penal

La segunda cuestión importante y previa es la que se refiere a la actuación de la mujer-víctima en el proceso penal. Ya he dicho más arriba que nos encontramos en muchas ocasiones con mujeres que denuncian y después no ratifican su testimonio, se desdicen, quieren retirar la denuncia o solicitan que el procedimiento se paralice. Por otra parte, los datos muestran cómo muchas de las mujeres que son asesinadas no habían interpuesto denuncias anteriores. Es evidente que en muchos casos de violencia ésta se produce en la intimidad, por lo que el testimonio de la víctima es crucial. La cuestión entonces es porqué las mujeres no denuncian o porqué retiran las denuncias.

Probablemente sea LARRAURI, en España, una de las personas que más se ha preocupado de analizar las razones por las que las mujeres, víctimas de violencia, actúan de esta forma⁶. Según esta autora, entre otros motivos, destaca el hecho de que la regulación penal desconoce la voluntad de la víctima: la imposibilidad de retirar las denuncias; la admisión de que personas distintas a la víctima soliciten por ella una orden de protección; la falta de reconocimiento expreso de que un cambio de opinión de la víctima sea causa de revocación de la orden de protección; la regulación obligatoria de reglas de conducta como la prohibición de aproximación, aun cuando la víctima manifieste su disconformidad; la imposición obligatoria de las órdenes de alejamiento; y la previsión legal de la pena de prisión para los casos de quebrantamiento de condena, incluso en aquellos supuestos en que la mujer haya consentido en el acercamiento de la pareja. Estas

6 LARRAURI PIJOÁN, *Revista De Derecho Penal y criminología*, 12 (2003), 273 ss.; *Cuadernos penales-Lidón*, 2 (2005), 158 ss; *Criminología crítica*, 2007, 102 ss.; en: LAURENZO(MAQUEDA/RUBIO (coord.), *Género*, 2008, 312 ss.; en parecido sentido, LAURENZO COPELLO, en: LAURENZO(MAQUEDA/RUBIO (coord.), *Género*, 2008, 356 ss.; MAQUEDA ABREU, LAURENZO(MAQUEDA/RUBIO (coord.), *Género*, 2008, 385 ss.

consecuencias en buena medida hacen que cuando la mujer es consciente de ellas no denuncie o se retracte de la denuncia⁷.

Por otra parte, la regulación actual privilegia la intervención del sistema penal hasta el punto de que la LVG requiere como condición para acceder a los recursos previstos para las mujeres maltratadas la interposición de denuncia penal. Ocurre entonces que la mujer que necesita ayuda no tiene más remedio que denunciar. Luego se critica a la mujer que denuncia *para conseguir el subsidio*, sin tener en cuenta que la denuncia es requisito *sine qua non*. Pero la consecuencia es que la mujer posteriormente, en muchos casos, se retracta porque en realidad no quiere la condena. No debemos perder de vista que en muchas ocasiones la pareja es a la vez el padre de sus hijos, que la mujer puede depender económicamente de él y que, en definitiva, es difícil para cualquier ser humano aceptar que la persona con la que ha compartido su vida, o a la que en su día quiso es, en realidad, un agresor. Las ayudas sociales no deben depender de la interposición de la denuncia, deben ser previas, debe hacerse un trabajo previo y profundo desde los servicios sociales de los ayuntamientos, de las diputaciones, y, sólo cuando la mujer esté preparada y conozca completamente lo que significa un procedimiento penal y las consecuencias de éste, podrá denunciar⁸.

Se prohíbe, por otro lado, en todo caso la mediación penal. Se alega que la mediación supone una mayor victimización de la mujer y que su admisión implica la comprensión de la violencia de género como una violencia dirigida contra la propia institución familiar, convirtiéndola en un asunto privado, de familia, que el

7 Probablemente las razones para no denunciar sean más complejas, razones como el miedo a las represalias, la consideración de que con la denuncia las cosas pueden empeorar, miedo a que la pareja se ponga más agresiva, en el caso de las mujeres extranjeras que están en situación irregular: el miedo a ser expulsadas, etc. V. MORILLAS CUEVA, *Sobre el maltrato*, 2006, 207 ss.

8 MORILLAS CUEVA. *Sobre el maltrato*, 2006, 197 ss.

propio grupo tiene que resolver⁹. Considero que esta prohibición vuelve a incurrir en el error de no diferenciar los distintos supuestos de maltrato que se producen en la realidad. Si bien es verdad que habrá supuestos en los que la mujer no esté en condiciones de intervenir en una mediación, habrá otros en que sí, y la decisión legislativa de prohibirla en todo caso me parece desacertada. Además la mediación no tiene porqué verse como una forma recomponer las relaciones familiares. Estoy de acuerdo con LARRAURI, en que la mediación supone el intento de alcanzar acuerdos y no es neutral, sino que su presupuesto es que el agresor reconozca los hechos y comporta una censura al autor¹⁰.

Se produce una total ausencia de diferenciación entre los posibles supuestos de violencia¹¹. No deben tratarse igual supuestos de maltrato ocasional o puntual, que en algunos casos podrá provenir de una relación conflictiva de la pareja, que lo supuestos de violencia habitual o permanente. Esta ausencia de distinción se repite en todas las medidas. Así, como se verá más abajo, no se distingue, si se trata de una violencia habitual o de un maltrato puntual para imponer la prohibición de alejamiento, obligatoria siempre que haya condena.

Este sistema trae, en mi opinión, una consecuencia directa: la infantilización de la mujer a la que se le presume su falta de autonomía y su incapacidad para tomar decisiones sobre su propia vida¹². Si bien es verdad que en algunos casos de violencia, sobre todo en supuestos de violencia habitual, la mujer puede llegar a perder la capacidad de decidir sobre su vida, en otros muchos no

9 Así, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, *Cuadernos penales Lidón 2* (2005), 98.

10 LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 105.

11 LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 105 ss.; MAQUEDA ABREU, LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coord.), *Género*, 2008, 392.

12 Así LAURENZO COPELLO, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coord.), *Género*, 2008, 335 ss. denomina *paternalismo punitivo* al hecho de sustituir completamente la voluntad de las mujeres por la voluntad del Estado y por la de aquellas asociaciones que se han erigido en representantes de todas las víctimas de la violencia sexista.

es así. La imagen de mujer maltratada que genera esta regulación es la de la mujer que no es capaz de defenderse o de razonar por sí sola. Como afirma LARRAURI, debe protegerse a las mujeres aceptando su decisión, no a costa de su decisión¹³.

Frente a esta tesis, hay algunas voces que consideran necesario para evitar estas presuntas contradicciones de las mujeres, entre otras medidas, la reforma del art. 416 LECrim. para evitar que se dispense a la mujer de declarar contra su pareja cuando ella es la víctima de la agresión. En el periódico *El País* en 5 de junio de 2007 aparecía una declaración del Ministro de Justicia en la que indicaba que, debido a que *el 37% de los casos de violencia sexista que retira la fiscalía se debe a que la víctima se niega a declarar contra su agresor, el Gobierno se plantea eliminar en estos casos la dispensa familiar del art. 416 LE Crim.* Por su parte, el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial en su informe de fecha 20 de abril de 2006 referente a los problemas detectados en la aplicación de la LVG, respecto al art. 416 LECrim. indica que cuando el pariente es la víctima resulta lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 LECrim. previsto en su momento para proteger al pariente que interviene como testigo y no como víctima. Según el informe, la víctima de la violencia de género es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en buena parte de los casos, estos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima. Este Grupo de Expertos considera que para una absoluta seguridad jurídica y para ampliar el marco de protección de las víctimas es necesario modificar el art. 416 LECrim. en el sentido de que la dispensa recogida en este precepto no alcance a las víctimas y perjudicados respecto de los delitos y faltas cometidos frente a ellos por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el precepto¹⁴.

13 LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 103.

14 En parecidos términos, MAGRO SERVET, *LL 2005-4*, 1697 ss. Algunas resoluciones jurisprudenciales han planteado la posibilidad de aplicar los

Yo no estoy de acuerdo con la reforma del art. 416 LE-Crim. Esta reforma supondría un paso más en la tendencia de anular la voluntad de la víctima y podría traer consecuencias nefastas para ella, puesto que la mujer que se negara a declarar o que se retractara de su declaración anterior podría llegar a incurrir en un delito de desobediencia grave o en un delito de falso testimonio¹⁵. No podemos olvidar que esta criminalización de la mujer se está planteando por parte de algunos sectores que

arts. 730 y 714 LECrim. en caso de silencio o retractación de la víctima y considerar así válidas las declaraciones realizadas por la víctima en el sumario. Se afirma en algunas resoluciones que cuando la declaración de la víctima sea conseguida porque ella ha ido voluntariamente a denunciar los hechos ante una autoridad y además se le informe de su derecho de no denunciar/declarar en contra de su marido existe una “renuncia concluyente” a la dispensa recogida en el art. 416 LECrim (Así, por ejemplo Sentencias del TS 21-11-2003; 27-10-2004; 10-5-2007) El art. 730 dispone: “Podrán también leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”. Por su parte el art. 714 reza: “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe”. V. con amplias referencias jurisprudenciales, CLIMENT DURÁN, *La prueba penal II*, 2005, 2^a 385 ss.; DE HOYOS SANCHO, en: FANEGO/SANZ (coord.), *La reforma de la Justicia Penal*, 2008, 446 ss. En sentido contrario resulta interesante la reciente STS 763/2008, de 10-2-2009. En este caso la sentencia recurrida condenó basándose exclusivamente en las declaraciones sumariales de la víctima, la cual no testificó en el Juicio oral, acogiéndose a su derecho a no declarar (era la hija del acusado). Afirma el TS en esta sentencia que, ante el derecho de la testigo a no declarar bajo el amparo del art. 416 LECrim., no cabe la aplicación del art. 730 LECrim, puesto que este precepto está destinado a aplicarse únicamente cuando materialmente sea imposible la declaración en el juicio Oral. Tampoco considera aplicable el art. 714 LECrim, puesto que como la víctima se niega a declara no incurre en sentido estricto en contradicción ninguna. (Igual se había pronunciado el TS en Sentencia de 21-2-2007).

- 15 LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 103; DE HOYOS SANCHO, en: FANEGO/SANZ (coords.), *La reforma de la justicia penal*, 2008, 460; LAURENZO COPELLO, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO, *Género*, 2008, 335.

defienden la posibilidad de sancionarla como cooperadora necesaria del delito de quebrantamiento de condena en los supuestos en los que accede a que su pareja infrinja la orden de alejamiento. Además creo que es importante reiterar que la regulación penal tal y como está planteada *obliga* a la mujer a interponer denuncia penal, puesto que supedita todas las ayudas a este requisito previo. En muchas ocasiones la mujer denuncia sin tener una plena información ni de lo que supone un procedimiento penal, así, no son raras las mujeres que acuden al juez para que éste *le diga* a su pareja que *no vuelva a pegarla*, y tampoco son extraños los supuestos en los que la mujer que denuncia no sabe *a priori* las consecuencias de una sentencia condenatoria¹⁶. Por ejemplo, este desconocimiento es habitual en el caso de las mujeres extranjeras que en muchos casos no saben que la condena de su pareja puede suponer la expulsión de España. En realidad, no creo que esta reforma tenga como objetivo, tal y como afirma el Grupo de Expertos, una mayor protección de la víctima, sino que con la reforma se trata 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 cargo. Dicho objetivo no justifica la reforma. Si lo que se necesita son pruebas, éstas tendrán que construirse a partir de otros instrumentos tales como atestados policiales más completos, informes psicológicos adecuados, informes médicos, pruebas testificales, etc., pero no privando a la víctima de un derecho reconocido.

A continuación, pasaré a exponer los distintos tipos penales que regulan el fenómeno de la violencia doméstica y de género intentando poner de manifiesto cuáles son los elementos que generan más problemas de prueba. Debe tenerse en cuenta que lo que se debe probar en cada caso depende, a su vez, de las distintas interpretaciones por las que se apueste en cada elemento.

16 MORILLAS CUEVA, *Sobre el maltrato*, 2006, 195 ss; 272 s.

II. Estudio de los tipos penales

1. Delito de violencia habitual (art. 173.2 y 3 CP)

El delito de violencia habitual recogido en el art. 173.2 CP es el delito más grave de los referidos a la violencia doméstica y de género.

1.1. Bien jurídico

Resulta importante dilucidar el bien jurídico del que se parte para poder interpretar los distintos elementos que conforman el tipo.

El art. 173.2 se ubica en el Título VII CP que lleva como rúbrica *De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*. Esta nueva ubicación del delito de malos tratos, (antes de la LO 11/2003 el delito de maltrato habitual se ubicaba entre los delitos de lesiones), ha llevado a que se afirme que el bien jurídico protegido con este precepto es la integridad moral de la víctima¹⁷. Integridad moral entendida como aquella dimensión espiritual y valorativa que tiene la persona, que la diferencia de los animales y de las cosas y que se ve menoscabada cuando aquélla es tratada como si fuera un simple objeto. Como argumentos para avalar esta tesis se pueden aportar dos: el cambio de ubicación, esto es, la colocación del precepto precisamente entre los delitos contra la integridad moral. También se puede invocar los efectos que produce el maltrato prolongado (habitual como exige el tipo) y que da lugar a lo que se conoce como el “síndrome de la mujer

17 Así se venía entendiendo por parte de la doctrina, por ejemplo, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al CP 1995, 1996*, 801; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual*, 2001, 37 ss.; RODRÍGUEZ MESA, *PJ 62*, (2001), 89 ss. CASTELLÓ NICÁS, en: MORILLAS (coord.), *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, 2002, 63 ss.; MORILLAS CUEVA, en MORILLAS (coord.), *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, 2002, 669 ss.; En la actualidad es doctrina mayoritaria la que apoya esta tesis. Por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *DPPE 16ª 2007*, 182; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios CP*, 6ª, 2007, 267.

maltratada”. Así, las reacciones de las mujeres que han sido agredidas incluyen temor, ansiedad, fatiga, alteraciones del sueño, del apetito, pesadillas, reacciones intensas de susto, molestias, dolores inespecíficos, etc¹⁸.

Son ya minoritarios los autores que defienden la paz familiar como bien jurídico protegido. Según esta tesis, el legislador tipifica estas conductas para castigar las violencias ejercidas en el ámbito familiar por tratarse de personas que se encuentran unidas por unos lazos significativos. Por eso no se castiga, por ejemplo, las violencias ejercidas entre dos personas que comparten piso, o entre soldados que conviven en un cuartel, etc. El precepto, según esta tesis, estaría relacionado con la esencia o núcleo de los vínculos que se establecen en el vínculo familiar. De esta forma se protegería la relación de dependencia vital que se establece en el seno de la convivencia familiar y que es necesario para vivir y desarrollarse¹⁹. Este bien jurídico ha sido defendido también en algunas sentencias²⁰ al manifestar que la repetición de actos violentos crea una atmósfera irrespirable y supone no sólo un ataque a la incolumidad física y psíquica de la víctima, sino que vulnera los deberes especiales de respeto entre personas unidas por vínculos familiares, siendo por tanto necesario proteger la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar.

En mi opinión no es fácil entender protegido el núcleo familiar o la pacífica convivencia familiar, sobre todo, atendiendo a la redacción del tipo legal. El precepto no exige dicha convivencia familiar al considerar posibles víctimas, por ejemplo, a las

18 Resultan interesantes las Sentencias del TC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio que definen el término “dignidad” reconocido como derecho de toda persona en el art. 15 de la Constitución. A su vez, estas Sentencias señalan que los tratos degradantes (que afectan a la dignidad) denotan la causación de padecimientos físicos o psíquicos, inflingidos de modo vejatorio para quien los sufre o realizados con esa intención de vejar.

19 ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos*, 2000, 132 ss; *RDPC 15*, (2005), 39 ss.

20 Sentencias del TS 24-6-2000; 7-9-2000; 5-3-2001; 16-4-2002; 18-4-2002; 18-6-2003.

ex parejas (ex cónyuges o ex parejas de hecho) y las relaciones de pareja sin convivencia (noviazgos) o a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados. Es verdad que hay algunos autores que, respecto a las relaciones de noviazgo, han afirmado que se puede excluir a los novios del círculo de sujetos pasivos por no haber *afectio maritales* ni asimilados sin convivencia²¹. Sin embargo parece obvio que el tipo penal no exige la convivencia en las relaciones de pareja. Otra cuestión distinta será qué grado de seriedad le exigimos a una relación de noviazgo para que sea equiparable a una relación conyugal. Y también parece claro que desborda incluso el ámbito familiar al referirse, por ejemplo a los malos tratos ejercidos sobre personas sometidas a la custodia o guarda en centros públicos o privados o a la violencia ejercida sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar (por ejemplo la empleada de hogar)²². Desde mi punto de vista, incluso cuando se hagan interpretaciones restrictivas del tipo penal²³, intentando llevar todas las relaciones contenidas en el precepto al ámbito de las relaciones familiares, ello no tiene porqué llevarnos a la conclusión de que el bien jurídico protegido es la *paz familiar*²⁴ o las relaciones familiares, porque una cosa es que el tipo trate de evitar la violencia que se ejerce en un determinado ámbito (cosa que además no hace), atendiendo, por ejemplo a que en este ámbito doméstico o familiar es donde las víctimas

21 QUERALT JIMÉNEZ, *LL 2006-1*, 1424. También muy restrictiva se muestra la jurisprudencia que afirma que, a pesar de que ya no se exija la convivencia en el tipo penal, ello no impide que en virtud del bien jurídico protegido, sea necesario exigir una relación equivalente a la conyugal o a la de la convivencia de hecho, por lo que habrá que exigir una cierta estabilidad en la relación y un nivel de compromiso más o menos definitivo y un grado de afectividad semejante y generador de un vinculación familiar. Así, Sentencia de la AP Asturias 11-3-2004.

22 TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios CP*, 6ª, 2007, 268 ss.

23 ACALE SÁNCHEZ, *RDPC 15* (2005), 36 ss.

24 Terminología acuñada por la Sentencia del TS de 24-6-2000.

tienen menos posibilidades de defensa, y otra que dicho ámbito sea el que quiera proteger, máxime cuando gran parte de esta violencia doméstica y de género se produce cuando la relación familiar ya se ha roto.

Otro sector doctrinal defendía como bien jurídico protegido (refiriéndose al antiguo art. 153) en el delito de malos tratos habituales la salud y la integridad personal en su doble vertiente física y mental. Avalaban su opinión con dos argumentos: en primer lugar con un argumento sistemático —el anterior delito de malos tratos habituales se ubicaba en el capítulo de las lesiones—; en segundo lugar, ponían de manifiesto que el objeto de la acción típica, el ejercicio de la violencia es el cuerpo de la víctima inmediata, soporte material, precisamente de la integridad y de la salud personales²⁵.

En mi opinión, con la actual regulación, es difícil seguir manteniendo ese bien jurídico como objeto jurídico protegido en el precepto. Para empezar, el precepto cambia de ubicación trasladándose, como se ha visto, al Título VII CP. Además, el legislador introduce, como delito, el delito de maltrato singular, en el que sí se protege la integridad física y psíquica de la víctima (art.153 CP). Por otro lado, para que se cumpla la conducta típica del art. 173.2 CP, tampoco hace falta que la violencia se ejerza siempre contra la misma persona, sino que se admite la posible intercambiabilidad de los sujetos.

Considero que el bien jurídico que mejor encaja con el tipo penal es el de la integridad moral, entendida como el derecho que tiene toda persona a no verse sometida a tratos humillantes, degradantes o vejatorios que conculquen su dignidad. Se objeta por parte de ACALE el hecho de que en el concepto de habitualidad se permite la intercambiabilidad las víctimas, por lo que el bien jurídico protegido no puede ser la integridad moral al ser éste un bien jurídico individual, personalísimo²⁶. Yo no veo tal

25 Especial representante de esta tesis, GRACIA MARTÍN, *AP 1996*, 580; *Comentarios CP PE I*, 1997, 423 s.

26 ACALE SÁNCHEZ, *RDPC 15*, (2005), 39 s.

inconveniente, porque una cosa es que el bien jurídico —integridad moral— sea personal, y otra es que para lesionar la integridad moral de una persona deba dirigirse la violencia sobre ella. La víctima puede sufrir un estado de agresión permanente, independientemente de que la violencia se dirija siempre directamente contra ella o contra varios miembros del grupo. La situación de miedo, temor, angustia, etc. puede producirse igual. (Pensemos en el menor que presencia continuos maltratos del padre hacia la madre. Se podría incluso afirmar que este menor no sufre una violencia indirecta, sino directa). De la misma forma, entiendo que si son varios sujetos los que sufren reiteradamente la violencia no habrá ningún problema para otorgarles una tutela individualizada que se traduzca en la apreciación de tantos delitos como víctimas se computen y no un único delito de violencia habitual como sería la solución si se acepta que el bien jurídico protegido es la propia institución familiar²⁷.

1.1. Elementos típicos con mayores dificultades probatorias

No voy a analizar todo el tipo, sino que me limitaré al estudio de aquellos elementos típicos que presentan más dificultades probatorias.

Creo que en el tipo que nos ocupa son dos los elementos de más difícil prueba. El primero sería el relativo a la violencia psicológica. Aquí nos encontramos, a su vez, con dos cuestiones: la primera es a qué llamamos violencia psicológica y la segunda cómo demostrarla. El segundo elemento es el de la habitualidad (art. 173.3 CP). Respecto de este elemento también nos encontramos con varias cuestiones, como por ejemplo, la de cuándo podemos considerar que se ha producido un clima de violencia, cómo acreditar los actos de violencia que no están enjuiciados o cómo definir el requisito de proximidad temporal.

27 En este sentido también, MAQUEDA ABREU, *EM-Valle*, 2001, 1530; LAURENZO COPELLO, *Cuadernos Penales-Lidón*, 2005, 97.

1.1.1. Violencia psicológica

En relación a qué se puede considerar violencia psicológica habrá que tener en cuenta dos consideraciones: en primer lugar, la equiparación de penas que hay entre un tipo de violencia, la física, y otro, la psíquica; en segundo lugar, la violencia ejercida tiene que tener suficiente entidad para lesionar el bien jurídico que consideremos protegido. Si se analiza la jurisprudencia se pueden deducir algunas notas:

- No parece que haya inconveniente en apreciar violencia psíquica en aquellos casos en que se manifiesta en forma de amenazas graves o leves.
- También entrarían en este concepto, probablemente a caballo entre la violencia psíquica y física los encierros prolongados, el obligar a la víctima dormir en el suelo, en el balcón, etc.
- Supuestos de humillación y vejación que creen en la víctima sentimientos de miedo, inferioridad o angustia.
- Más problemas pueden plantear los casos de insultos reiterados, actitudes cínicas, burlas, etc. Abogo por una interpretación restrictiva que excluirá en la mayoría de las ocasiones estas conductas (discusiones diarias, insultos recíprocos en relaciones muy deterioradas, etc.). El límite deberá fijarse en aquellos casos en los que estos insultos y descalificaciones alcancen la suficiente entidad para coartar las decisiones de la víctima. Así, por ejemplo, si el marido cada vez que su mujer va a expresar su opinión delante de otras personas le corta diciendo: “cállate que eres una estúpida” y eso se repite frecuentemente hasta el punto de que la mujer deja de dar su opinión, o cada vez que se maquilla la insulta “pareces una zorra”, etc. La clave estará en que para aceptar la habitualidad en estos casos serán necesarios más número de actos que en otros casos.

La segunda cuestión es cómo probar esta violencia. De acuerdo con el principio de presunción de inocencia, la comisión de unos hechos delictivos debe ser probada positivamente por quien acusa y en el caso de subsistan dudas en el ánimo del juzgador, éste debe absolver. Resulta evidente la relevancia del testimonio de la víctima en estos casos, pero ya hemos visto cómo en ocasiones dicho testimonio es difícil de conseguir. Una adecuada protección, información, asistencia social y letrada a las víctimas, incluso antes de la interposición de la denuncia será fundamental. En este tipo de violencia me parece indiscutible la importancia del informe psicológico y en muchos casos será interesante que el psicólogo declare en el juicio oral. Creo que es importante analizar los motivos por los que se ha podido llegar a esa violencia para llegar a concluir si tal violencia se ha producido o no y también considero importante tener en cuenta que la violencia psicológica puede llegar a ser más grave que la física, por lo que no debe minusvalorarse aquélla.

En este punto creo que es importante señalar que en la violencia doméstica y de género, tanto la física como la psicológica, se pueden admitir una serie de factores de riesgo que permiten valorar si es más o menos probable que en un determinado ámbito se haya producido o pueda llegar a producirse un episodio violento. Estos factores pueden ser útiles tanto a la hora de dictar una sentencia como a la hora de decidir si se dicta o no una orden de protección. No quiero decir con esto que siempre que se den estos factores se pueda afirmar con certeza la producción de la violencia, sino que, son factores que contribuyen a graduar el nivel de riesgo de un estallido de violencia.

Como factores de riesgo se pueden señalar los siguientes: a) personalidad de los agresores, b) abuso de alcohol y otras drogas, c) estructura atomizada y jerarquizada de la familia, d) mayor índice de violencia entre jóvenes, e) entre parejas de hecho, f) mayor índice de violencia en zonas rurales, g) en barrios en los que existe una gran problemática social, h) clase social o situación de exclusión social, i) pertenencia a minorías étnicas, j)

valores culturales²⁸. Frente a algunas tendencias que se empeñan en afirmar constantemente que la violencia de género no conoce fronteras ni clases sociales, los diversos estudios criminológicos y los operadores jurídicos sí destacan la presencia de ciertos factores que se repiten en muchas ocasiones de violencia. Creo que es importante recalcarlo porque ello permitirá, como afirma LARRAURI, dirigir campañas y políticas específicas hacia determinados colectivos respecto de los que se pueda afirmar un mayor riesgo²⁹. Por ejemplo, campañas de prevención, de concienciación o de información en el mundo rural, atendiendo a su forma específica de vida a sus ventajas e inconvenientes. De la misma manera la investigación sobre estos factores de riesgo permite a los operadores jurídicos conocer posibles pautas de comportamiento de los distintos colectivos.

1.1.2. Habitualidad

Elemento clave de este delito es la exigencia de habitualidad. Se define en el art. 173.3 CP y recoge una serie de requisitos que plantean todos ellos problemas de prueba. Debe tenerse en cuenta que la habitualidad requerida en el tipo constituye un dato fáctico caracterizado por el clima de violencia permanente en el que el agresor mantiene a la víctima, por lo que, como cualquier elemento fáctico deberá probarse. Los requisitos son:

- Número de actos de violencia acreditados. Este requisito plantea dos problemas. El primero es que exige

28 Así lo recoge textualmente LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*. 2007, 29. Se adhieren a esta posición, LAURENZO COPELLO, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género*, 2008, 355 ss.; MAQUEDA ABREU, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género*, 2008, 396 s.

29 LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 33 ss. Afirma esta autora, con la que estoy plenamente de acuerdo, que “afirmar que todo hombre puede ser u maltratador por sus valores culturales conduce a planificar campañas educativas dirigidas a toda la población. Del mismo modo, la afirmación de que toda mujer puede ser víctima de maltrato puede derivar en campañas de prevención del delito destinadas a todas las mujeres. Ello impide que se realicen políticas específicas para determinados colectivos de mayor riesgo”.

un número de actos, pero no se establece cuántos. El segundo es que los actos de violencia deben estar acreditados, aunque no hace falta que hayan sido objeto de enjuiciamiento anterior. Los tribunales objetivaron en un principio en exceso este requisito exigiendo en varias sentencias la realización de tres actos violentos. Probablemente la exigencia de tres actos provenía del concepto de reo habitual al que se refiere el art. 94 CP. Sin embargo, con un criterio más acertado los tribunales han ido inclinándose hacia criterios menos cuantitativos y reconocen como criterio general el hecho de que el juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. Incluso, en algunas sentencias se llega a afirmar que el número de actos violentos no es lo realmente relevante para apreciar la habitualidad, sino que el juez llegue a esa convicción. Las primeras sentencias que comenzaron a separarse de un criterio rígido cuantitativo fueron la Sentencia del TS de 7-7-2000: “En este caso la sola lectura del relato histórico de la sentencia pone de relieve que no estamos ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como habitual”; la Sentencia de la AP Valencia 7-6-2000: “Aunque la jurisprudencia habla de tres agresiones, la adicción del acusado al alcohol data de muchos años y cuando el acusado llega a casa ebrio los hijos se muestran atemorizados y prefieren salir de casa por lo que pueda pasar”.

En mi opinión este criterio menos rígido en cuanto al número de agresiones es más correcto. Desde luego, para que el juez pueda llegar a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, es preciso que pueda comprobar

que se han dado una serie de actos violentos, cuyo número deberá variar según la entidad de los mismos. No parece que se llegue a la vez a este clima de violencia permanente exigido con insultos que con amenazas graves o palizas.

Los actos deben estar acreditados. El precepto considera irrelevante el que los actos hayan sido objeto de enjuiciamiento anterior. Es unánime la opinión de la doctrina acerca de que para la acreditación de tales actos no es necesaria una resolución condenatoria anterior. El problema sigue siendo, como afirma CORCOY, cómo se pueden acreditar esos actos de violencia, es decir qué clase de pruebas sobre la existencia de la violencia familiar son válidas, ¿la denuncia en Comisaría?, ¿la denuncia en el Juzgado?, ¿los certificados médicos? Estas preguntas tiene desde luego difícil respuesta, porque, en primer lugar, la mera denuncia, ya sea de la víctima o de terceros no puede acreditar la existencia de unos hechos; en segundo lugar, los certificados médicos pueden acreditar la existencia de unas lesiones pero no quién las ha causado; en tercer lugar, puede haber violencia sin que se produzcan resultados físicos o psíquicos acreditables médicamente³⁰. No queda más remedio que la investigación sería a través de protocolos de actuación en los que se coordinen los distintos profesionales, para que el juez pueda llegar a la convicción de que un hecho violento está acreditado. Así, por ejemplo, la puntual y fluida comunicación entre los profesionales que colaboran o prestan sus servicios en el ámbito de la Justicia y las autoridades policiales y judiciales puede resultar vital en muchos casos, por lo que será valorado positivamente cualquier mecanismo tendente a hacerlo posible³¹. Es interesante además

30 CORCOY BIDASOLO, Conferencia impartida en la Universidad Pública de Navarra (2004).

31 DE HOYOS SANCHO, en: FANEGO/SANZ (coords.), *La reforma de la Justicia Penal*, 2008, 460 ss. Esta autora describe en este trabajo las posibles fórmulas utilizables para mejorar la prueba en este ámbito. Así, por ejemplo, las Unidades de Valoración Forense Integral”, Medios que faciliten las declaraciones de la víctima y de los posible testigos, libres de toda presión externa, la utilización de las nuevas tecnologías creación de bases de datos conteniendo identificadores obtenidos a partir del ADN, la necesidad de

en este ámbito recordar la doctrina consolidada del TC que la prueba indiciaria, circunstancial o indirecta, cuando cumpla una serie de requisitos es suficiente para justificar la participación en un hecho punible. A efectos de la posible valoración de la prueba de indicios en los delitos de violencia de género resulta forzoso aludir a la Sentencia del TS de 12-7-2007. Dicha Sentencia analiza la posibilidad de fundamentar una condena, cuando la víctima se acoge a su derecho a no declarar en el plenario, valorando una serie de indicios, tales como el hecho de que fuera asistida en un Centro médico, que hubiera de ser auxiliada por determinadas personas que la recogen cuando sale de su casa y son testigos directos de las lesiones sufridas por la víctima o que los agentes intervinieron en el atestado apreciaran las lesiones que presentaba y el estado de nervios en que se encontraba.

Se plantea la cuestión de una posible vulneración del principio de *non bis in idem* cuando se condena por el delito de maltrato habitual y además por cada una de las agresiones concretas. En mi opinión, no se produce tal vulneración porque el fundamento de una y otra condena es distinto. Mientras que la condena por cada agresión particular se fundamenta en el ataque a la integridad física o psíquica de la víctima, la condena por el maltrato habitual viene motivada por la lesión a la integridad moral de la víctima.

La proximidad temporal es otro de los requisitos exigidos por el precepto para apreciar la habitualidad. Es un requisito indeterminado y los tribunales no tienen las pautas claras. En mi opinión se podrá afirmar la proximidad temporal cuando tengan un carácter continuado. Para ello habrá que valorar cada caso concreto. Así no será igual si la pareja sigue conviviendo o si ha roto su convivencia. En este caso, lógicamente el agresor y la víctima se ven con menos frecuencia. O por ejemplo si el marido para por razones de trabajo largas temporadas fuera del hogar, o

reformular la LECriminal. También en este sentido, YAGÜE RIBES/GÓMEZ VILLORA, en: GÓMEZ (coord.), *Protocolos sobre violencia de género*, 2009, 208 ss.

aquellos casos en los que el marido sólo se pone agresivo cuando bebe y esto ocurre cada cierto tiempo. En conclusión, creo que hay que buscar una unidad de contexto que permita afirmar que las agresiones son permanentes.

La violencia, como ya se ha dicho al analizar el bien jurídico, puede tener distintos destinatarios. El precepto soluciona así un problema que se cuestionaba acerca de qué ocurría cuando la violencia se diversificaba entre distintos miembros. Lógicamente si consideramos que la habitualidad implica un clima enrarecido, violento, tenso, etc., este clima se produce al margen de que la víctima sea siempre la misma o no. Como ya he mencionado, cuando la violencia sea reiterada sobre varios sujetos pasivos se podrá apreciar concurso de delitos entre los distintos delitos de violencia habitual realizados, porque el bien jurídico protegido es de naturaleza individual.

1.1.3. Conclusión y consecuencias

Como conclusión creo que es importante afirmar que la conducta recogida en el art. 173.2 CP supone un uso sistemático de la violencia, amenaza de violencia u otros comportamientos o tácticas coactivas, destinadas a ejercer el poder, inducir miedo o controlar a otras personas³². Es la forma más grave de violencia dentro del ámbito que denominamos violencia de género y es a la prevención de este tipo de conductas donde se deberían dirigir la mayoría de los esfuerzos. El objetivo prioritario de todos los operadores que trabajan en este ámbito debería ser la promoción de los medios de investigación y de prueba que permitan detectar la violencia habitual. Sin embargo, la realidad parece mostrar que cada vez se tramitan como juicio rápido muchas denuncias, aunque la denunciante indique que sufre la situación de maltrato desde hace años. Los juzgados de lo penal se quejan de que cada vez les llegan menos procedimientos tramitados como diligencias

32 LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, 2007, 45, considera que desde una perspectiva feminista se empieza a sugerir la reserva del término *maltratador*, para quien ejerza este tipo de violencia sistemática.

previas en las que se acompañan informes técnicos que permiten valorar los hechos denunciados y detectar los hechos de violencia graves³³. Es importante tener en cuenta que toda violencia doméstica y de género es deleznable, pero no toda es igual ni tiene la misma gravedad. La regulación actual, como veremos a continuación, minimiza las diferencias y otorga a ambas clases de violencias (ocasional y habitual) casi las mismas consecuencias (medidas cautelares, prohibiciones de acercamiento obligatorias, quebrantamientos de condena castigados en todo caso con pena de prisión, etc.). Ello puede hacer que, debido a la conversión de las faltas en delitos, los jueces, ante la facilidad que se les ofrece de acudir con la primera denuncia a la aplicación de un delito (de lesiones, amenazas o coacciones) se inhiban de investigar los casos de violencia grave³⁴. Considero muy conveniente manifestar que es necesario un esfuerzo por parte de todos por investigar los supuestos de violencia grave, que no podemos conformarnos con aceptar una denuncia y tramitarlo como violencia ocasional. Detrás de un acto de violencia constatado la pregunta no debería ser únicamente si existe peligro de que dicho acto se repita, sino también y si cabe más importante, será averiguar si este acto de violencia es consecuencia de una situación de violencia anterior. A esta investigación es hacia donde se deberían dirigir los escasos medios con los que se cuenta.

2. Delito de violencia ocasional (arts. 153, 171. 4 Y 5, 172.2, 148.4 y 5, 620 *in fine*)

Las reformas legislativas³⁵ fueron introduciendo una serie de preceptos caracterizados por tener todos ellos como víctimas

33 SANHAUJA, *Cuadernos penales-Lidón*, 2, (2005), 61.

34 Así lo ponen de manifiesto, MORILLAS CUEVA, *Sobre el maltrato a la mujer*, 2006, 271 s.; SÁEZ VALCÁRCEL, *Jueces para la Democracia* 58, (2007), 16; LAURENZO COPELLO, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), 2008, 337 ss.; MAQUEDA ABREU, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), 2008, 389.

35 Para una visión completa del itinerario legislativo, BOLEA BARDON, *RECPC 09-02* (2007), 1 ss. La última reforma relevante en este ámbito en

a algunas o a todas las personas señaladas en el art. 173.2. En algunos casos son sujetos pasivos del delito, sin distinción, todos los sujetos señalados en el art. 173.2, así, por ejemplo, en el art. 620 *in fine*; en otras ocasiones sólo podrán serlo la esposa, ex esposa, mujer o ex mujer del agresor o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Este es el caso de la coacción leve recogida en el art. 172.2 CP y el caso de la agravación que, para el delito de lesiones, se recoge en el art. 148. 4 y 5 CP. Por último, en el resto de los preceptos podrán ser sujetos pasivos de los delitos recogidos en ellos todas las personas mencionadas en el art. 173.2, pero la pena será más grave cuando la víctima sea la esposa, ex esposa, mujer, ex mujer del agresor o alguna persona vulnerable que conviva con él.

Las reformas se caracterizaron por dos cosas: por un lado se elevaron determinadas conductas, caracterizadas como faltas, a delitos; y, por otro, se elevó la pena cuando la víctima fuera mujer o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Los dos aspectos han generado multitud de reflexiones por parte de la doctrina, varios recursos de inconstitucionalidad, a algunos de los cuales ya ha contestado el TC, y, en definitiva, una gran polémica teórica. Pero estas reformas también han originado importantes problemas prácticos en el día a día de los juzgados. A todo ello me referiré a continuación.

2.1. Conversión de algunas faltas en delitos (arts. 153, 171.4 y 5, 172.2)

En estos preceptos se recogen con la calificación de delitos conductas constitutivas de faltas, pero que se elevan a delito cuando la víctima es una de las personas mencionadas en el art. 173.2.

Concretamente el art. 153 CP recoge como conducta típica el causar a otro una lesión no definida como delito en este

relación a los delitos de violencia de género fue la introducida por la LO 1/2004, de 28 de diciembre (LVG)

Código, curiosa paradoja el que se considere delito una conducta *no definida como delito en este Código*, el causarle un menoscabo psíquico o el maltrato de obra³⁶. El art. 171 en sus párrafos 4 y 5 tipifica como delito la amenaza leve (cuando la víctima sea mujer o persona especialmente vulnerable) y la amenaza leve con armas u instrumentos peligrosos (cuando la víctima sea otra de las personas mencionada en el art. 173.2 CP). Por último el art. 172.2 la coacción leve ejercida sobre mujer o sobre persona especialmente vulnerable.

El fundamento de la elevación a delito de dichas faltas, según la Exposición de Motivos de la LO 11/2003, no es exigencia de su gravedad, sino para poder tratarlo procesalmente como delito, en particular, para castigar dichas conductas con las penas de prisión y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de Extranjeros también justificaba el cambio teniendo en cuenta que con esa conducta de lesiones —no constitutivas de delito de lesiones— y de maltrato de obra “no sólo se atenta contra la integridad física, sino también supone el ataque otros bienes jurídicos relevantes, por lo que el hecho tiene carácter pluriofensivo. De este modo, la posible sanción que derivaría de su sola subsunción en las faltas de lesión o de maltrato de obra no comprendería el total desvalor del hecho”. En el mismo sentido, la LVG en su Exposición de Motivos justifica la creación de estos delitos alegando que para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquéllas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos.

Desde mi punto de vista esta conversión responde en principio a la escasa respuesta que, a través de las faltas, como se ha visto más arriba, se daba a los maltratos ocasionales. Sin embargo, esta reforma en mi opinión supone un fiel reflejo de

36 Así lo manifiesta también ACALE SÁNCHEZ, *RDPC 15* (2005), 17.

una política criminal que se caracteriza por un uso desmedido y autoritario del Derecho penal para abordar también conductas de escasa gravedad. Además, no ha solucionado el problema que buscaba resolver, porque con dicha reforma se ha desplazado, como ya se ha visto más arriba, la atención del Derecho penal y del Derecho procesal penal desde la violencia habitual a la ocasional³⁷. La violencia habitual es el fenómeno grave que se encuentra en el origen del asesinato y de los atentados graves contra las mujeres por parte de sus maridos o compañeros, y es

37 La doctrina mayoritariamente ha criticado la conversión. Así, por ejemplo, ACALE SÁNCHEZ, RDPC (2005), 17 s.; ÍÑIGO CORROZA, en: MUERZA (coord.), Comentario a la LO de protección Integral contra la Violencia de Género, 2005, 14 ss.; BOLEA BARDÓN, RECPC 09-02 (2007), 18 ss.; LARRAURI PIJOAN, Criminología Crítica, 2007, 87 ss.; TAMARIT SUMALLA, en: QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), Comentarios CP, 6ª, 2007, 132; LAURENZO COPELLO, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO, Género, 2008, 339 ss.; MAQUEDA ABREU, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO, Género, 2008, 388. A favor de esta conversión, COMAS D'ARGEMIR, RJCL 4 (2004), para esta autora todas las faltas contra las personas deberían constituir delito, independientemente del sujeto pasivo. Igual, MUÑOZ CONDE, DPPE, 16ª, 2007, 189; Sin embargo, algunos autores han llegado a cuestionar si estos tipos respetan el principio de proporcionalidad, alegando que vulnera dicho principio el que la pena varíe en función de quién sea el sujeto pasivo—CORCOY BIDASOLO, Conferencia impartida en la Universidad Pública de Navarra (2004)— A esta cuestión ya ha respondido el TC, afirmando (SSTC 55/1996, 161/1997 y 136/1999) que cualquier tacha de desproporción debe partir del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo. En puridad los estrechos límites con que puede operar el TC a la hora de enjuiciar el cumplimiento de la proporcionalidad por parte de un precepto penal sólo lo podrían conducir a declarar su inconstitucionalidad cuando el mismo tutelara intereses contrarios a la Constitución o bien si la tutela de intereses se pudiera hacer con medidas que palmariamente fuesen de menor intensidad y de funcionalidad similar o finalmente cuando se produjese un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma. Es decir, el TC es consciente de que en la decisión de qué concretos objetos jurídicos se tutelan y con qué intensidad intervienen razones de política-criminal y de oportunidad que no puede entrar a valorar a salvo de arrogarse las facultades de legislador imaginario.

en este fenómeno en el que tiene que concentrarse los limitados medios de la jurisdicción penal.

No obstante lo anterior, si se revisa la jurisprudencia se verá que en estos nuevos tipos penales se subsumen conductas de muy diversa gravedad. Así, al lado de una bofetada producida en el fragor de una discusión, se recogen supuestos como el de la Sentencia del Juzgado nº 12 de Valencia, en el que el acusado, que compartía la casa con su ex mujer, llegó una madrugada a su casa y al encontrar la puerta cerrada la llamó “hija de puta”, tirándola contra la pared, cogiéndola por los brazos a la vez que le daba un rodillazo en el estómago, causándole lesiones consistentes en dolor en el torax y contusiones múltiples³⁸. En mi opinión, y teniendo en cuenta los principios clásicos del Derecho Penal, sólo las conductas más graves deben ser tipificadas como delito, por ello considero que en estos nuevos tipos hay que hacer un especial esfuerzo interpretativo en sentido restrictivo para no sancionar igual hechos claramente desiguales.

Debe tenerse en cuenta que la condena por estos tipos penales trae consecuencias graves. Así, además de las distintas penas de prisión, el art. 57. 2 CP obliga al juez en todo caso a imponer la pena del art. 48.2 (pena de prohibición de acercarse a la víctima o a sus familiares) por un tiempo máximo de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

Tanto en el caso de suspensión de la ejecución de la pena (art. 83) como en el caso de la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88) el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la prohibición de acudir a determinados lugares y la prohibición de aproximarse a la víctima.

El quebrantamiento de alguna de las obligaciones establecidas en el art. 48 CP llevará aparejada prisión de seis meses

38 Sentencia citada por LAURENZO COPELLO, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género*, 2008, 336. Viendo el relato de los hechos parece obvio que la pregunta debería ser si ese fue el primer acto violento.

a un año cuando la víctima sea alguna de las mencionadas en el art. 173.2. (art. 468 CP).

Tampoco podemos olvidar que en el caso de que el agresor sea extranjero no residente legalmente en España, la comisión del delito puede suponer la expulsión de España por un plazo de 10 años (art. 89 CP).

En cuanto a los programas de tratamiento, estos resultan obligatorios en los supuestos de suspensión o sustitución de la pena, precisamente en los casos más leves. Esto puede conllevar que haya un numeroso grupo de delitos excluidos si la pena es superior a dos años, y que, paradójicamente podamos encontrarnos con el hecho de que se aplique a casos totalmente inadecuados por su falta de gravedad.

Ante esta situación ¿qué se puede hacer? Pues desde un punto de vista estrictamente penal creo que a la hora de aplicar los tipos que hemos denominado de maltrato singular debe hacerse una interpretación restrictiva incluyendo únicamente aquellos supuestos que tengan una determinada entidad. En este sentido considero bastante acertado el intento de restricción de algunas sentencias la Audiencia de Barcelona (428/2006, de 3 de abril, 568/2006, de 3 de julio). Estas sentencias aluden al art. 1.1 de la Ley integral en el que se dice que la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas. A partir de ahí afirman que, atendiendo a la coherencia del sistema penal, sólo se puede justificar la tipificación agravada (se refieren al art. 153 CP) cuando no sólo se lesione la integridad física de las personas, sino que la acción suponga una exhibición dominación o subyugación de alguno de los sujetos que comprende. En otro caso, según estas sentencias, la sanción penal debe limitarse a la falta de lesiones que define el art. 617 CP.

En mi opinión esta tesis supone una interpretación restrictiva de los tipos que aporta un poco de cordura a lo que considero un despropósito legislativo. Es verdad que los tipos en cuestión

protegen bienes jurídicos como la integridad física o psíquica (art. 153 CP) o la libertad (art. 171 y 172 CP). En este punto se puede afirmar que cuando, por ejemplo el marido empuja a la mujer, ya se ve lesionado el bien jurídico protegido y como la conducta encaja en tipo —maltrato de obra— ya se puede aplicar el art. 153. Creo que ello supone una interpretación plausible, pero formalista. La especificidad de estos preceptos en relación a las faltas correspondientes reside en el círculo de sujetos pasivos, y la razón de que se quiera proteger más a este círculo de personas es porque en determinadas relaciones de desigualdad se producen situaciones de abuso y/o de dominación. Esto es lo que dota de entidad a estos preceptos y lo que les distingue de las faltas. Por ello, igual que hace la Audiencia Provincial de Barcelona, creo que estos tipos serán aplicables cuando de la conducta se desprenda dicha exhibición de dominación. La pregunta entonces será qué debe probarse para poder aplicar estos tipos penales. En mi opinión lo que se deberá probar es que la acción violenta proviene de un intento de control o de mando por parte del agresor³⁹. No será exigible, en mi opinión, demostrar un especial ánimo por parte del autor de discriminación o de humillación hacia la mujer. Algunos autores consideran necesario que el agresor actúe movido por una especial finalidad discriminatoria de subordinar a la mujer⁴⁰. Desde mi punto de vista la exigencia de un especial ánimo trae

39 También hace referencia a un contexto de dominación objetivo, LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 124 ss.

40 BOLDOVA PASAMAR/RUEDA, *La Ley 2004-5*, 1575 s.; IÑIGO CORROZA, en: MUERZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 2005, 27: “En concreto creo que lo que se está sancionando es al sujeto que ejerce violencia que incluye diversos móviles o motivos entrelazados o compatibles, tales como el aprovechamiento de la ocasión, la vulnerabilidad, el obrar por venganza o represalia o por machismo en cuanto es expresión de desprecio hacia el otro (la mujer)”; VILLACAMPA ESTIARTE, *RECPC 2007*, 17. Esta autora entiende que puede justificarse una mayor pena en la violencia de género que en otros tipos de violencia exigiendo un mayor desvalor subjetivo porque se requiera que el autor realice la conducta con la finalidad de someter o subyugar y un mayor desvalor objetivo porque se exija aptitud en el comportamiento para obtener dicha finalidad.

consigno siempre enormes dificultades probatorias, porque, como afirma LARRAURI, si la finalidad de humillar o discriminar se interpreta de forma muy amplia, todos los delitos contra las mujeres pueden entenderse cometidos por razón de su género o con el fin de dominarlas. Por el contrario, si se exige que se demuestre que ésta es la única finalidad o la prioritaria, ello puede llevar a la inaplicación de los tipos penales⁴¹. Lo que se deberá intentar probar es si la violencia se ejerce en un contexto en el que el agresor “siempre manda”. Esto permitiría excluir de estos tipos penales la riñas recíprocas, las situaciones de conflicto mutuo, etc. Ahora bien, esta interpretación de los tipos no puede llevarnos al extremo opuesto, esto es, a afirmar que cada vez que se dé una riña o una discusión, no podrán aplicarse estos tipos, porque no debe confundirse una situación de discusión en la que ambas partes se encuentran en una posición de igualdad de aquellas otras en las que la víctima se limita a responder ante un acto de agresión. Para explicar esta idea haré referencia a la Sentencia del TS de 25-1-2008. En dicha Sentencia se consideran actos probados que el día 8 de marzo del 2004 el acusado entabló una fuerte discusión con su compañera en el domicilio en el que convivían, por recriminarle ésta que gritase al hijo común de ambos. En el transcurso de la discusión, el acusado roció con alcohol a su compañera y le prendió fuego, provocándole graves quemaduras. Que el día 13 de septiembre de 2005 el acusado recriminó a su compañera sentimental por la ropa que llevaba por no estimarla adecuada y, al negarse ésta a quitársela, ambos forcejearon, agarrándose ambos del pelo, resultando ella con una lesión que no requirió tratamiento médico. El día 18 de diciembre de 2005 el acusado quería mantener relaciones sexuales y su compañera no aceptó, originándose entre ambos un forcejeo, que le causó a ella una lesión que no requirió tratamiento médico. La Audiencia condenó al acusado como autor de un delito de lesiones del art. 150 CP y dos faltas de lesiones del art. 617 CP. Argumenta la Sentencia de la Audiencia que no cabe la aplicación del art. 153.1 CP por entender que las lesiones provienen de situaciones de pelea en

41 LARRAURI PIJOAN, *Criminología crítica*, 2007, 129.

situación de igualdad con agresiones mutuas entre los miembros de la pareja que nada tendrían que ver con actos realizados por el hombre en el marco de una situación de dominio. El TS revoca dicha Sentencia y condena por el art. 153.1CP, argumentando que la decisión del hombre de prohibir a la mujer salir a la calle con un determinado pantalón o el obligarla a mantener relaciones sexuales son expresiones de superioridad machista como manifestación de una situación de desigualdad.

En mi opinión es más correcta la Sentencia del TS, e, incluso, me llama la atención el que no se aplicara el art. 173.2, el delito de violencia habitual. Creo que la Sentencia de la Audiencia confunde lo que puede considerarse una riña recíproca, con lo que es la respuesta violenta de una mujer ante la imposición de decisiones por parte de su compañero. Independientemente de cuáles fueran los motivos por los que actuaba este sujeto, lo cierto es que se produce un contexto de dominación en el que el hombre manda. Es decir, no puede hacerse depender la conducta de dominación del hombre con de la actitud más o menos sumisa de la mujer. El que una mujer intente actuar frente a una posición dominante de un hombre no elimina dicha posición dominante. Me pregunto qué debería haber hecho la mujer de este caso —¿quitarse la ropa? o ¿acceder a las pretensiones sexuales de su compañero?— para que la Audiencia hubiera considerado que la actitud del sujeto era de dominación.

En conclusión, creo que no cabe una aplicación automática de estos delitos por el hecho de que la víctima pertenezca al círculo de sujetos pasivos en ellos mencionados, pero tampoco habrá de exigirse por parte del autor un ánimo de dominación. Habrá que realizar un esfuerzo interpretativo y de prueba en el sentido de llegar a la constatación de que se produce un “contexto de dominación”. No sé, si la existencia de dicho contexto es suficiente para considerar justificada la reforma legislativa que convierte las faltas en delitos, pero al menos sí que se podrá afirmar que cuando se produce este contexto de dominación la conducta tiene mayor gravedad que cuando no se produce.

2.2. Protección reforzada a la mujer o a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor

Aunque esta protección reforzada a la mujer o a la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor no plantea especiales problemas de prueba, creo que conviene reflexionar en torno a ella porque probablemente haya sido una de las cuestiones más polémicas en lo que a reformas penales se refiere.

La LVG introduce en los arts. 153 y 171 CP de una distinta pena (mayor —pena de prisión de seis meses a un año—) para aquellos casos en los que la víctima de la agresión es una mujer o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor y otra pena (menor —pena de prisión de tres a seis meses) cuando la víctima es alguno de los otros sujetos mencionados en el art. 173.2 CP. En el art. 172 CP las coacciones leves sólo son delito cuando la víctima sea la mujer o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor Y, por último, también se incluyó en el art. 148 4 y 5 CP una agravación del delito de lesiones del art. 147.1 CP (pena de prisión de seis meses a tres años) cuando la víctima fuera la mujer o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (pena de prisión de dos a cinco años).

Se ha visto en esta diferenciación una discriminación positiva a favor de la mujer y ha recibido numerosas críticas, hasta el punto que se han planteado más de cuarenta cuestiones de inconstitucionalidad.

Las críticas se pueden resumir en las siguientes: la violencia de género es un concepto superado por el de violencia familiar o doméstica. La discriminación positiva no resulta aplicable en el ámbito penal y que deviene en discriminación negativa para el varón, puesto que acaba responsabilizándolo más. En el ámbito penal no existe una situación de desequilibrio previo entre varón y mujer que justifique la adopción de medidas de discriminación positiva. Existe una posible contradicción con el principio de culpabilidad —contra el Derecho penal del hecho—, si se culpabiliza al agresor por las acciones de otros varones, si la agravación se fundamente en la estadística, es decir, no hay un incremento de

injusto o de culpabilidad que aumente el merecimiento de pena y nos hallamos frente al ejemplo de Derecho penal de autor, que ataca frontalmente el principio de culpabilidad. Finalmente se critica el hecho de que esta tipificación obedezca a la consideración de la mujer como persona vulnerable y se presuponga con ello la superioridad del varón, lo que implica una presunción de inferioridad de la mujer que resulta inaceptable. Estas opiniones fueron las defendidas en el Informe del Consejo General del Poder Judicial a la Ley integral, aunque una minoría del Consejo discrepó, y en las sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

Es curioso que esta protección reforzada se produzca sólo en los supuestos de violencia ocasional y no en los casos de violencia habitual, que son los más graves. También sorprende que la protección reforzada vaya dirigida exclusivamente a la mujer pareja y no a otras mujeres del contexto familiar. Esto se arregla en parte con la inclusión en el tipo de las personas vulnerables que convivan con el autor, pero en este caso habrá que probar la especial vulnerabilidad de la víctima y además se exige convivencia. Da la sensación de que se produce una infantilización de las mujeres, en las que parece presumirse una vulnerabilidad más propia de menores o incapaces⁴².

Se ha afirmado que esta protección reforzada supone un ejemplo de Derecho penal de autor, puesto que sólo los varones podrán ser sujeto activo de estos delitos⁴³. Se argumenta la LVG en su art. 1 da la respuesta a la cuestión de quién va a poder ser autor de estos delitos al indicar que esta regulación tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de

42 LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 127ss; MAQUEDA ABREU, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género*, 2008, 368.

43 GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la 10ª ed. CP*, Tecnos, 2004; IÑIGO CORROZA, en: MUERZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género*, 2005, 22 ss.; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, *La reforma penal*, 2006, 25.

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. Otro argumento utilizado por estos autores hace referencia a que el sujeto pasivo debe ser mujer, por tanto, continúa el razonamiento, si se interpretase que el autor puede ser él o ella se produciría la consecuencia de admitirse que las agresiones en las relaciones lesbianas sí son objeto de los tipos penales de la ley, pero no las agresiones que puedan producirse en las relaciones homosexuales.

En mi opinión, no resulta obligatoria esta interpretación de restringir el ámbito de autores a los varones, ni desde el concepto de violencia de género, ni desde al propia redacción de los tipos. La LVG en su intento por restringir la violencia de género al ámbito familiar ha confundido el propio concepto de violencia de género. Esta violencia viene caracterizada por el sujeto pasivo (mujer) y no por el sujeto activo, que podrá ser hombre o mujer. Ciertamente, al tratarse de una manifestación de la falta de igualdad entre sexos, será habitual que sea un hombre quien imprima la violencia como estrategia para mantener su posición de dominio. Pero no ha de ser necesariamente así. Ejemplos claros de violencia de género son las lapidaciones a las mujeres adultas en determinados países, los matrimonios forzados, las mutilaciones genitales femeninas, los abortos selectivos en China, etc. Todos estos hechos se caracterizan, no por quienes realizan las conductas, sino por quiénes son las víctimas de ellas⁴⁴. Por otro lado, los tipos vienen redactados con la fórmula “el que” y, por último, desde el momento en que se incluyó como víctima a cualquier persona vulnerable, parece evidente que el autor puede ser tanto hombre como mujer⁴⁵. Por tanto, no creo que la falta de legitimación de estos preceptos pueda provenir de la afirmación de que se trata de una manifestación del Derecho penal de autor, por exigirse que el autor tenga que ser necesariamente varón.

44 LAURENZO COPELLO, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género*, 2008, 346 ss.

45 LARRAURI PIJOÁN, *Criminología crítica*, 2007, 92 s.

El TC en sentencia de 14 de mayo de 2008 declaró la constitucionalidad del art. 153.1, manifestando que: “ no resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.....” “La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y desigualdad...” “Tampoco se trata de una especial vulnerabilidad. Se trata de que, como ya se ha dicho antes y de un modo no reprochable constitucionalmente, el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas que se producen en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que se aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre a víctima..” “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 especial 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 acción”.

En un voto particular, D. Javier Delgado, critica la Sentencia por introducir un elemento en el tipo, cual es *que el desarrollo de los hechos constituya una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres*

sobre las mujeres que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la Sentencia añade a la descripción legal. En este voto particular se afirma que del sentido implícito de los razonamientos jurídicos de la Sentencia la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación ésta que se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido. En la misma línea otro voto particular, D. Vicente Conde, afirma que la Sentencia tiene realmente el significado de una Sentencia interpretativa, sobre cuya base no resulta lógico que la interpretación apreciada no se haya llevado al fallo⁴⁶.

En mi opinión, se puede descartar que estos tipos supongan una manifestación penal de autor y, entiendo que la protección reforzada de determinadas víctimas es legítima desde los principios generales del Derecho penal. No obstante, considero que dicha regulación ha traído más perjuicios que beneficios a la hora de combatir el fenómeno de la violencia de género, porque ha supuesto que se desvíe la atención del núcleo del problema. Yo entiendo que sí que hay una violencia de género diferenciada de la violencia doméstica. Considero también que hay una estructura cultural y social que todavía fomenta determinados roles, en los que el hombre tiene una posición de dominación y la mujer una posición de subordinación. Fruto de esa cultura sí que surge una violencia concreta, la de género: “la maté porque era mía” “o eres mía o de nadie”, etc. Y no se trata de sancionar más cuando la víctima es mujer porque haya más casos, sino porque los únicos casos de violencia de género —no de violencia doméstica— son aquellos en los que la víctima es una mujer. Y ello porque se trata de una violencia vinculada a una determinada estructura cultural y social que no se produce cuando la víctima es un hombre. Ahora bien, la siguiente pregunta que debemos hacernos es si a través de esta regulación, que tantos estudios y comentarios ha generado, es la vía correcta de solución y, sobre todo, si favorece en

46 Igual se ha manifestado la Sentencia del TC 45/2009, de 19 de febrero, respecto a la constitucionalidad del art. 171.4 CP, y las SSTC 41/2010, de 22 de julio y 45/2010, de 28 de julio sobre el art. 148.4CP.

alguna medida la lucha contra la violencia de género. Creo que no. En primer lugar porque entiendo que el Derecho penal no es un mecanismo útil para solucionar problemas sociales, ni éste ni ningún otro, y menos cuando se utiliza como un mero gesto de cara a la galería, porque ¿cómo se explica si no que esta diferenciación sólo se haya regulado para los supuestos de violencia ocasional —menos graves— y no para los casos de violencia habitual? Probablemente porque ni siquiera el legislador estaba convencido de su propia bonanza. Estos tipos penales generan además una imagen de la mujer como una persona vulnerable, incapaz de tomar sus propias decisiones y necesitada, por ello, de una mayor protección y esto no es positivo. Además, como ya he dicho, esta regulación ha provocado que la mayor parte de los estudios y comentarios referidos al tema de violencia de género se centren en la admisibilidad o no de esta protección reforzada, desviando la atención del núcleo del problema: las razones por las que se produce este tipo de violencia y, sobre todo, cómo combatirla.

2.2. La pena: especial referencia al quebrantamiento de la prohibición de acercarse a la víctima

2.3.1. La prohibición de acercamiento: su preceptiva aplicación

No puedo terminar este estudio sin resaltar algunos aspectos relacionados con las penas accesorias y con los problemas que plantean el quebrantamiento de las mismas.

El art. 57.2 CP contempla un régimen de preceptiva aplicación de la prohibición de aproximación del art. 48.2 CP cuando los delitos descritos en el apartado 1º del art. 57 se cometan contra alguno de los sujetos descritos en el art. 173.2 CP. Entre los delitos del art. 57.1 CP se encuentran todos los delitos que he ido mencionando a lo largo de esta ponencia. La relación entre las prohibiciones del art. 48 CP y la imperatividad en su imposición a la que obliga el art. 57.2 está resultando perturbadora

para la correcta individualización de las penas y resulta carente de proporcionalidad en algunos supuestos, al sancionarse como delitos lo que antes eran faltas, de manera que ante un hecho leve y único la imprescindible sanción penal acaso no requiera siempre de una medida de alejamiento. En esta línea se sitúan la existencia de diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Audiencia Provincial de Valladolid, el Juzgado de lo Penal número 20 de Madrid o el Juzgado de lo Penal número 2 de Arenys del Mar.

Este sistema de aplicación automática del alejamiento conduce a un incumplimiento muy elevado del mismo, constatado empíricamente, en detrimento de la autoridad judicial y en perjuicio del sistema en su conjunto. Por ello los jueces y tribunales han acudido a los más variados expedientes para solucionar este problema de desproporcionalidad de la pena y ausencia de necesidad de la misma en supuestos puntuales.

Hay una línea de resoluciones judiciales (SAP Orense 7-4-2004; SAP Barcelona 346/2005, de 15-4-2005; SAP Barcelona 255/2005, de 20-4-2005; SAP Madrid 19-9-2005; SAP Huesca 188/2005, de 18-10-2005; SAP Madrid 139/2006, de 13-3-2006; SAP León 102/2006, de 16-3-2006) que vienen a plantear la posibilidad de apreciar un error de prohibición en los supuestos en los que, a pesar de que haya una prohibición de acercamiento, la víctima consienta libremente el mismo. Los argumentos que exponen consisten en entender que el art. 468 —delito de quebrantamiento de condena— no sólo protege a las víctimas de los delitos mencionados en el art. 57 CP, sino también el respeto debido a las decisiones judiciales, por lo que no se puede otorgar relevancia al consentimiento de la víctima hasta el punto de destipificar la conducta del infractor, ahora bien, afirman estas resoluciones que la exigencia de proporcionalidad y el principio de mínima intervención del Derecho penal imponen que en todos aquellos supuestos en que el obligado por la orden de alejamiento crea fundadamente que la misma ya no tiene vigencia ante el

consentimiento de la víctima, la solución ha de venir dada por el error de prohibición⁴⁷

En mi opinión esta solución sólo podrá invocarse como causa de exclusión de la culpabilidad en supuestos muy puntuales y fundamentalmente debido a las características personales del sujeto infractor. Además, en la mayoría de los casos el error, si se produce, será vencible, puesto que habrá una resolución judicial que el sujeto conoce y que le prohíbe taxativamente acercarse a la víctima. Por otro lado si el sujeto es informado correctamente se le hará saber que la prohibición rige incluso aunque la víctima consienta en el acercamiento, en cuyo caso ya no cabrá apreciar el error de prohibición.

El TS dictó una sentencia de gran interés con fecha de 26 de septiembre de 2005 en la que absolvió al acusado del delito de quebrantamiento de una medida cautelar —concretamente de la medida de alejamiento— previsto en el art. 468.2 manteniendo la siguiente doctrina: si la víctima o la beneficiaria de la medida de alejamiento consiente tener relación con el sometido a ella no hay tipo penal, pues, dice la sentencia, hay que compatibilizar la naturaleza pública de la medida con el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimándose en todo caso que la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y quedar extinguida, sin perjuicio de que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener de nuevo otra medida de alejamiento. Para el TS la decisión de la mujer de reanudar la vida con el sometido a la prohibición de aproximarse a la víctima acredita de forma fehaciente la no necesidad de protección de aquélla 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 queda condicionado a la voluntad de aquélla.

47 Sobre las distintas soluciones jurisprudenciales, incluidas las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, DÍAZ SANTOS, *RDPP 21* (2009), 13 ss.

Esta tesis es discutible en tanto en cuanto se trata de un quebrantamiento de medida cautelar, pero desde luego inaceptable si se trata del quebrantamiento de una pena de alejamiento. En este caso los argumentos tienen que ser distintos ya que la pena, cualquiera que sea su naturaleza, es un castigo que tiene una función preventiva-general por ser expresión del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Y en consecuencia es indisponible por la exclusiva voluntad de la víctima. Conferir relevancia típica al consentimiento de la víctima pondría en manos de ella una potente arma que podría utilizar caprichosamente, pero que a su vez en su perjuicio la pondrían en el ojo de mira de toda suerte de coacciones y presiones del obligado a respetarla.

Una solución picaresca que se está llevando a cabo en la práctica en algunos juzgados es la de reducir al máximo la duración de la pena de alejamiento. En el art. 57.2 no se indica un plazo mínimo de duración para la prohibición prevista en el art. 48.2 CP. Sólo indica que dicha prohibición tendrá una duración máxima de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave. Algunos juzgados imponen la duración sólo de algunos días para la pena de alejamiento. Esta solución sólo es factible cuando la pena impuesta no sea la de prisión, conforme a lo indicado en el párrafo segundo del art. 57.1 CP.

Como conclusión creo que los únicos argumentos posibles para excepcionar la pena de alejamiento deben ser la ausencia de proporcionalidad de la respuesta penal y su innecesariedad por falta de gravedad o de peligrosidad del concreto injusto típico. El carácter forzoso y efecto automático que rigen la accesoriedad del art. 57.2 CP vedan al juzgador la posibilidad de ponderar las circunstancias que indiquen la adecuación, idoneidad y necesidad de la medida concreta a imponer, lo que supone una vulneración del principio de proporcionalidad de las penas en sentido estricto. Por ello, desde mi punto de vista, procede la derogación inmediata del art. 57.2. Ello no dejaría a las víctimas desprovistas de tutela, pues el apartado primero del precepto permite a los tribunales imponer la medida de alejamiento, incluso contra la voluntad del

ofendido, en atención a la gravedad de los hechos o el peligro que el delincuente represente.

2.3.2. El quebrantamiento

Por último conviene recordar que se ha introducido un subtipo agravado de quebrantamiento de las prohibiciones del art. 48 CP cuando los ofendidos son algunos de los enumerados en el art. 173.2. Es importante resaltar que se impone la pena de prisión de seis meses a un año a quienes quebranten una de las prohibiciones establecidas en el art. 48 independientemente de si se trata de una pena, medida cautelar o medida de seguridad y lo que es más importante, independientemente de si el sujeto estuviera privado de libertad.

Se ha planteado, aunque cada vez con menor fuerza, la posible responsabilidad de la mujer que induce o consiente en el quebrantamiento de la prohibición de alejamiento. Concretamente se ha barajado la posibilidad de hacerle responder como inductora o cooperadora necesaria. Desde mi punto de vista tal tesis no es correcta. Las participaciones punibles de tercero en el delito de quebrantamiento quedan estrictamente limitadas a las mencionadas en el art. 470 CP al sancionar al tercero que proporciona la evasión a un condenado, preso o detenido del lugar en el que esté detenido o bien durante su conducción —pena de prisión de seis meses a un año—. En el caso de existir alguna relación parental de las mencionadas en el art. 454 debe aplicarse el tipo privilegiado del art. 470.3 —multa de tres a seis meses—. Al mismo tiempo estos tipos no son aplicables cuando el que favorece el quebrantamiento lo es de una pena no privativa de libertad. Admitir que la mujer que favorece o que induce al quebrantamiento del alejamiento es responsable en virtud del art. 468.2 significaría que ella sería más sancionada en este caso que si le hubiera proporcionado la evasión de la prisión.

En todo caso, y al margen de los razonamientos anteriores, con el problema de violencia de género que hay en España, los esfuerzos deben ir encaminados a impedir que se produzcan

quebrantamientos no deseados y no a sancionar aquellos quebrantamientos consentidos.

III. Conclusión

Después de repasar algunos, no todos, de los problemas que genera la regulación de la violencia de género se puede concluir lo siguiente:

- Creo que es importante no perder de vista que, aunque toda violencia de género es deleznable, no toda es igual de grave. En este sentido los esfuerzos por parte de todos los profesionales deben ir prioritariamente encaminados a detectar y a prevenir la violencia habitual por ser la más grave y la más peligrosa.
- No podemos afirmar que toda mujer, por el hecho de serlo, es potencialmente una víctima, sino que debemos analizar y estudiar otros posibles factores de riesgo de cara a fomentar medidas específicas de prevención y de cara a valorar tanto futuros riesgos como agresiones pasadas.
- En el tipo de violencia habitual considero que son dos los elementos que presentan una mayor dificultad probatoria: la violencia psicológica y la habitualidad. Será básico el testimonio de la víctima así como la coordinación entre los distintos profesionales.
- Para la aplicación de los tipos que recogen la violencia ocasional es fundamental la interpretación que se haga de ellos. Yo abogo por excluir su aplicación automática y creo conveniente optar por una interpretación restrictiva que exija la existencia de un “contexto de dominación” objetivo, que habrá que probar. No considero necesario que se den móviles específicos por parte del agresor.
- Respecto a la protección reforzada de la mujer en algunos tipos, considero que puede ser compatible con

los principios generales del Derecho penal, pero a la vez creo que ha traído más perjuicios que beneficios en la lucha contra la violencia de género. Resulta sorprendente, además, que no se haya incluido esta protección en el delito de violencia habitual.

- Considero necesario una evaluación seria de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que permita corregir algunos de los errores. Por ejemplo, me parece muy cuestionable que para la consecución de las medidas de protección social se exija siempre la denuncia previa.
- Por último, creo que es necesaria la modificación del art. 57.2, en el sentido de eliminar su imposición obligatoria en todos los casos en los que la víctima sea una de las señaladas en el art. 173.2, puesto que considero que esta medida en algunos casos resulta desproporcionada y porque conlleva la posible criminalización de la mujer.

IV. Bibliografía⁴⁸

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

ACALE SÁNCHEZ, María: *Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos incluido el familiar*, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* 15 (2005), 11-54.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles: *La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal*, en: *La Ley* 2004-5, 1574-1580.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel/RUEDA MARTÍN, M^a Ángeles: *la reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona, 2006.

48 La bibliografía que hay sobre este tema es inmensa. Se citan únicamente aquellos trabajos que he utilizado de forma más importante.

- BOLEA BARDÓN, Carolina: *En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género*, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 09-02 (2007), 1-26.
- CALVO GARCÍA, Manuel: *Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género*, en: Cuadernos penales José María Lidón, 2 (2005), 17-54.
- CARBONEL MATEU, Juan Carlos/GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: *artículo 153 CP*, en: *Comentarios al CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria: *Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido*, en: MORILLAS (coord.), en: *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002.
- CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- COMAS D' ARGEMIR CENDRA, Montserrat: *La ley Integral contra a violencia de género: Una Ley necesaria*, en: Revista Jurídica de Castilla y León 4 (2004), 13-78.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: *¿Qué aporta la LO 11/2003, en la incriminación de la llamada violencia doméstica?*, Conferencia impartida en la Universidad Pública de Navarra (2004).
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat: *Nuevas tendencias en la investigación y prueba de los delitos de violencia doméstica y de género*, en: ARANGÜENA/SANZ (coords.), *La reforma de la justicia penal*, Lex Nova, Valladolid, 2008, 433-462.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Prólogo al Código Penal*, 10ª, Tecnos, Madrid, 2004.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *El delito y la falta de malos tratos en el Código penal español de 1995*, en: Actualidad Penal, 1996, 579-590.
- GRACIA MARTÍN, Luis: *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, 1997.

- IÑIGO CORROZA, Elena: *Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre*, en: MUERZA (coord.), *Comentario a la Ley orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Aspectos Jurídico Penales, procesales y Laborales, Aranzadi, Pamplona, 2005, 13-46.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología 12 (2003), 271-307.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: *¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?*, en: Cuadernos penales José María Lidón, 2 (2005), 157-182.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007.
- LARRAURI PIJOAN, Elena: *Cinco tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia...y algunas respuestas del feminismo oficial*, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 311-328.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal*, en: Cuadernos penales José María Lidón, 2 (2005), 91-116.
- LAURENZO COPELLO, Patricia: *La violencia de género en el derecho penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo*, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 329-362.
- MAGRO SERVET, Vicente: *La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿Es necesaria una reforma legal?*, en: La Ley 2005-4, 1697-1708.
- MAQUEDA ABREU, M^a Luisa: *La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma en el nuevo Derecho penal español*, en: Estudios en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001, 1529-1550.

- MAQUEDA ABREU, M^a Luisa: *¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*, en: LAURENZO/MAQUEDA/RUBIO (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 363-408.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma*, en: MORILLAS (coord.), en: *Estudios Penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *Asistencia sanitaria y jurídica*, en: MORILLAS/JIMÉNEZ/LUNA/MIRANDA/MORILLAS/GARCÍA (coautores), *Sobre el maltrato a la mujer. Una serie de 338 casos*, Dykinson, Madrid, 2006, 167-209.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 16^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan: *La última respuesta penal a la violencia de género*, en: La Ley 2006-1, 1423-1436.
- RODRÍGUEZ MESA, M^a José: *El delito de malos tratos degradantes cometidos por particular: bien jurídico protegido y elementos típicos*, en: Revista de Podes Judicial 62 (2001), 89-124.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón: *Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social*, en: Jueces para la Democracia 58 (2007).
- SANHAUJA, María: *Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, en: Cuadernos penales José María Lidón, 2 (2005), 55-70.
- SANTOS DÍAZ, Luis Javier: *El quebrantamiento de la condena de la prohibición de aproximación: valor del consentimiento de la víctima*, en: Revista de Derecho y Proceso Penal 21 (2009), 81- 107.
- TAMARIT SUMALLA, José M^a: *artículo 173*, en: QUINTERO (dir.)/MORALES (coord.), *Comentarios CP*, 6^a, Aranzadi, Pamplona, 2007, 266-270.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad*, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 12 (2007), 1-20.

YAGÜE RIBES, Ana Isabel/GÓMEZ VILLORA, José M^a, *Protocolo sobre algunas cuestiones procesales*, en: GÓMEZ (coord.), *Protocolos sobre violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 197-230.