

**IKASKETA FEMINISTAK ETA GENEROKOAK MASTERRA  
MASTER EN ESTUDIOS FEMINISTAS Y DE GÉNERO**

**Curso académico 2012-2013**

**Trabajo de investigación**

**LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SISTEMA PENAL  
ESPAÑOL: DOCTRINA. ENTORNO SUBJETIVO Y  
RELACIONAL.  
Y ESPECIAL REFERENCIA A LAS VÍCTIMAS.**

**Autora:**

**María Estrella Cerdón Rodríguez**

**Tutora:**

**Jasone Astola Madariaga**

**Septiembre 2013**

## Índice

<b>ABREVIATURAS EMPLEADAS</b> .....	iii
<b>INTRODUCCION</b> .....	1
<b>I.- EL CONCEPTO DE DELITOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL. LA LEY DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, LO 1/2004</b> .....	11
1.- Cuestiones preliminares.....	11
2.- Principios que inspiran la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.....	12
3.- La violencia de género en la doctrina penal.....	14
4.- La violencia de género en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Circulares de la Fiscalía General del Estado.....	23
5.- Nuevos tipos penales introducidos por la LO1/2004.....	29
6.-Delimitación conceptual: violencia de género (o machista) y violencia doméstica.....	34
<b>II.- ENTORNO RELACIONAL Y SUBJETIVO EN QUE SUCEDEN LOS ACTOS CONSTITUTIVOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO TIPIFICADA COMO INFRACCION PENAL EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL. VICTIMAS Y AUTORES: CUESTIONES Y PROBLEMATICAS</b> .....	40
1.- Marco relacional y subjetivo en que surgen los actos de violencia de género. ....	40
2.- Personas intervinientes en los actos de violencia de género.....	44
2.1.- Las víctimas: delimitación legal y tópicos sobre las víctimas de la violencia de género. Importancia de la voluntad de las mujeres víctimas de violencia de género a través de la denuncia. La orden de protección. Problemática que presenta la dispensa legal de no declarar contra cónyuges u otros parientes (art. 416 LECri.) con concreta proyección en los delitos de violencia de género.....	44
a) Delimitación legal, y tópicos sobre las víctimas de la violencia de género.....	44
b) Importancia de la voluntad de las mujeres víctimas de violencia de género a través de la denuncia.....	52
c) La orden de protección: algunas reflexiones acerca de su obligatoriedad y efectos de la retirada de la denuncia o de la solicitud de orden de protección.....	55
d) Problemática que presenta la dispensa legal de no declarar contra cónyuges, personas unidas por relación de análoga afectividad u otros parientes (art. 416 LECri.) Con concreta proyección en los delitos de violencia de género.....	61

2.2.- La autoría, definición, tratamiento penal y penitenciario.....	64
a) Conceptualización de los maltratadores, necesidad de dar tratamiento psicológico a los hombres violentos contra sus parejas.....	64
b) Tratamiento penal y penitenciario otorgado en el ordenamiento jurídico español a los maltratadores: la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y la sustitución de las penas de prisión.....	66
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>71</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>82</b>
<b>OTRAS FUENTES DOCUMENTALES UTILIZADAS.....</b>	<b>85</b>

## **ABREVIATURAS EMPLEADAS.**

LO.- Ley Orgánica

LO 1/2004.- Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

ONU.- Organización de las Naciones Unidas

CEDAW.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

STC.- Sentencia del Tribunal Constitucional

F.J.- Fundamento Jurídico

Comp.- Compilación

Op. Cit.- obra citada

UVFI.- Unidad Forense de Valoración Integral

LECRi.- Ley de Enjuiciamiento Criminal

## INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objeto el estudio de la violencia contra las mujeres ejercida por quienes son o han sido su cónyuge o persona con la que mantienen o han mantenido relación de análoga afectividad a la conyugal, abarcando el estudio de este fenómeno desde el punto de vista del Derecho Penal español, centrándose el primer capítulo en su consideración dentro del marco legal actual, tratando sobre los principios que inspiran dicha regulación a la luz de la doctrina de diversas autoras y autores que han estudiado la materia, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Circulares de la Fiscalía General del Estado, haciendo un examen de los diversos tipos penales que se encuentran tipificados en el Código Penal vigente, para concluir analizando la diferencia de la violencia de género o contra las mujeres<sup>1</sup> de la llamada violencia doméstica<sup>2</sup>.

El segundo capítulo se dedicará al estudio del marco relacional y subjetivo en el que surge la violencia de género o contra las mujeres, las personas intervinientes en los actos de violencia de género, con especial atención a las víctimas, desvirtuando los tópicos que se han construido entorno a éstas, así como analizando la importancia de la intervención de las víctimas a través de la denuncia o la solicitud de orden de protección, con la problemática que conlleva la obligatoriedad de éstas medidas protectoras<sup>3</sup>, así como de la dispensa legal que asiste a las mujeres víctimas de violencia de género de declarar contra sus cónyuges o personas a las que hayan estado unidas por relación de análoga afectividad, consagrada por el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Otros aspectos que se contemplarán son los referentes a la autoría, su definición y necesidad de tratamiento psicológico a los maltratadores, así como el tratamiento penal y penitenciario que se les otorga en los sistemas penal y penitenciario español.

Una primera aproximación a los temas tratados, así como a la sistemática seguida por las Ciencias Penales en general, lleva a la reflexión de que para el Derecho Penal tradicional los hechos y su correspondiente sanción se han erigido en piezas esenciales en el engranaje del sistema, relegando a un segundo plano la autoría, y mucho más todavía a las víctimas, así como a las circunstancias particulares de cada caso. Esto es, se coloca en primer plano de estudio el hecho delictivo considerado en sí mismo, como un algo que surge de forma cuasi espontánea y con vida propia, y a la sanción que conlleva la comisión del hecho, para seguidamente, centrarse en la autoría y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ocupándose escasamente de las víctimas, a las cuales prácticamente olvida. Y si bien es cierto que, de alguna manera, este trabajo

---

<sup>1</sup> Término que va ganando adeptos en la actualidad.

<sup>2</sup> Con la que en algunos momentos y sistemas legales ha sido confundida.

<sup>3</sup> Que en muchos casos se imponen sin tener en cuenta la voluntad de las mujeres víctimas, y cuya petición de retirada no siempre es estimada.

incurrir en el mencionado “defecto”, por cuanto se inicia estudiando el hecho delictivo, la explicación para ello es que de esa manera se trata de centrar el objeto de análisis, para diferenciar la violencia que se ejerce contra las mujeres de otros tipos de violencia que también tienen como “caldo de cultivo” la intimidad del domicilio familiar<sup>4</sup>, pero que responden a etiologías diversas.

No obstante, este “defecto” se intentará subsanar en el capítulo segundo estudiando a las víctimas con carácter preferente a la autoría, y ello no solo en consideración al tradicional olvido de las víctimas de cualquier hecho delictivo por parte de la Ciencia Penal, sino por consideración a las concretas víctimas de la violencia contra las mujeres, las cuales no sólo son objeto de malos tratos por parte de los hombres que son o han sido sus parejas, sino, y en cierta medida, por el sistema penal que les obliga a seguir una vía<sup>5</sup> que quizás, y en algunos casos, ignoran a dónde las va a conducir. Un sistema que prescinde de su voluntad en caso de no estar interesadas en seguir por la vía penal, les culpa en cierta medida de las absoluciones a sus maltratadores en el caso de su inasistencia a las vistas o cuando se acogen a la dispensa legal de declarar contra de éstos<sup>6</sup>, y, sobre todo, que les reprocha que, tras la formulación de denuncia, soliciten ayudas a las que tienen derecho y a las cuales no tendrían acceso si previamente no hubieran formulado esa denuncia.

Y esta preferencia en el estudio de las víctimas sobre el de las personas autoras de los hechos delictivos se inscribe también en el ámbito en que se desarrolla este trabajo, Máster de Feminismo y Estudios de Género, pretendiendo servir como reparación, aun simbólica, de injusticias pasadas, no del todo erradicadas en la sociedad actual, tal y como sería deseable.

Efectivamente, y ya entrando en materia, el antiguo y extendido problema social de la subordinación de las mujeres a los hombres, ha conllevado agresiones hacia las mujeres, en especial cuando éstas cuestionan y rechazan los modelos imperantes de relación. Surge de tal manera la denominada violencia de género como fruto de las relaciones de poder, de dominio y de posesión que han ejercido históricamente los hombres contra las mujeres, sobre todo, en el ámbito de las relaciones de pareja, pero no exclusivamente. El origen de este tipo de violencia está, entre otros factores, en la historia y en la cultura. En la historia de la estructura familiar patriarcal basada en la supuesta superioridad del hombre sobre la mujer, problema atávico que responde a una construcción social que potencia un reparto desigual de las actividades productivas y reproductivas. En el marco de la cultura patriarcal<sup>7</sup> es donde se ha desarrollado la violencia masculina, al ser el instrumento más expeditivo para controlar las relaciones de poder, estando los patrones culturales de discriminación de las mujeres muy enraizados en la sociedad, lo que explica la permisividad social

<sup>4</sup> La violencia doméstica o intra familiar.

<sup>5</sup> La penal, a través de las correspondientes denuncias, solicitudes de orden de protección, etc.

<sup>6</sup> Cuando lo que están haciendo es acogerse a un derecho que les está legalmente conferido.

<sup>7</sup> Entendiendo por cultura patriarcal o patriarcado la forma de poder en la cual los hombres dominan a las mujeres, tienen mayor relevancia que ellas en todas sus actividades y son la medida de todas las cosas.

durante décadas de la violencia masculina, constituyendo ésta, además, un problema de carácter prácticamente universal<sup>8</sup>.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse qué entendemos por violencia de género, pudiendo responderse a esta interrogante al definirla como la violencia que se ejerce sobre las mujeres por el mero hecho de serlo. Esta violencia ha sido denominada con diversos nombres: violencia sexista, violencia patriarcal, violencia viril, violencia de género..., y en todos estos casos se está aludiendo a que se trata de un fenómeno con características diferentes de otras clases de violencia, incidiendo en que es una violencia que sufren las mujeres por el mero hecho de serlo en el marco de unas relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres. Además, es este un problema social, de índole pública y no privada, por cuanto que afecta profundamente a la base de la convivencia entre mujeres y hombres, poniendo en evidencia falsas creencias sobre el significado de la masculinidad y la feminidad, y sobre la superioridad natural de una sobre la otra. De tal manera, la violencia sobre las mujeres supone una manifestación extrema de la desigualdad y del sometimiento en el que viven mujeres de todo el mundo, constituyendo una clara agresión a sus derechos humanos. No obstante, este reconocimiento no ha supuesto la eliminación de los factores culturales que originan esta violencia ni tampoco su, hasta cierto punto, aceptación o tolerancia social<sup>9</sup>.

Así las cosas, los poderes públicos nacionales e internacionales tratan desde hace años de combatir activamente el problema del maltrato, tanto con reformas legislativas, como con planes de actuación. El primer organismo internacional que señaló la gravedad de la violencia ejercida contra las mujeres fue Naciones Unidas en el año 1975, y reconociendo en el año 1980 que esta violencia es el crimen encubierto más frecuente en el mundo.

Sin embargo, el primer instrumento internacional de derechos humanos que abordó la violencia de género fue la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1993 (Resolución de la Asamblea General 48/104, ONU, 1994), que definía la violencia de género como “*todo acto violento basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener un resultado físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada*”. Esta violencia incluye, entre otros actos, sin que los mismos constituyan un límite “*la violencia física, sexual o psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las*

<sup>8</sup> En ese sentido se ha pronunciado COMAS D’ARGEMIR I CENDRA, Montserrat: “Poder Judicial y violencia doméstica ¿qué hemos logrado? ¿Qué debemos hacer?”, en Isabel Tena Franco (comp.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II- 2005. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 15-16.

<sup>9</sup> SERRANO ARGÜESO, Mariola: “Avances legislativos en la lucha contra la violencia de género. Logros y retos”, en Ixusko Ordeñana Gezuraga y Katixa Etxebarria Estankona: *Los Juzgados de violencia sobre la Mujer* (comp.). Tercera edición de las Jornadas “Justicia con Ojos de Mujer”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre de 2010), ARANZADI, Bilbao, p. 64.

*niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer, la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación, la violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, el tráfico de mujeres y la prostitución forzada; y la violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, donde quiera que ocurra”.*

Otro hito en el proceso de reconocimiento del grave problema social que supone la violencia de género fue la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de la que surgió la Declaración de Naciones Unidas de Beijing de 1995<sup>10</sup>, que definió esta violencia como *“una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que ha conducido a la dominación masculina, a la discriminación y a impedir el pleno desarrollo de la mujer”*. Esta Declaración reconoció por primera vez que las causas de la violencia son estructurales, y según su artículo 113 *“la expresión violencia contra las mujeres significa cualquier acto de violencia basado en el género que tiene como resultado, o que es un problema que tenga como resultado, unos daños o sufrimientos físicos, sexuales o psicológicos para las mujeres, incluyendo las amenazas de dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como en la vida privada”*.

También se trató de este problema en la 49ª Asamblea Mundial de la Salud de 1996 en la que los Estados miembros acordaron que la violencia es una prioridad de salud pública, y así la Resolución 49-25 de dicha Asamblea apoya las recomendaciones efectuadas en las Conferencias Internacionales previas para acometer el problema de la violencia contra las mujeres y niñas, además de abordar sus consecuencias para la salud.

Entre otras normativas internacionales que pueden ser citadas como relacionadas con las anteriores, y sin ánimo de ser exhaustiva, son la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) adoptada en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979<sup>11</sup>; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997 o la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas 2001/49. En el ámbito Europeo, se pueden citar, a título de ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo de septiembre de 1997 conocida como *“tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres”*, desarrollada en el año 1999; y la Decisión marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal. La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de trabajo y

<sup>10</sup> Además de la Declaración también surge de la Conferencia la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995, revisada en los años 2000 y 2005.

<sup>11</sup> Y su correspondiente Protocolo Facultativo de 1999.

empleo<sup>12</sup>; y entre las más recientes, la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 2010 sobre prevención de trata de seres humanos, Resolución del Parlamento Europeo de 25 de febrero sobre Pekin+15- Plataforma de acción de las Naciones Unidas para la igualdad de género, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 2010 sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Orden Europea de Protección, la Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2010 sobre el décimo aniversario de la Resolución 1325(2000) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la Mujer la Paz y la Seguridad.

En nuestro país, y dentro tanto del contexto de la normativa internacional y europea, además gracias a la acción de los movimientos sociales, ha habido una evolución legislativa tanto a nivel estatal como autonómico, guiada por la finalidad de dar respuesta a este problema y a desarrollar medidas destinadas a la creación de un sistema integral de prevención y protección a las mujeres. Así, el punto de inflexión se dio en 1997 con un suceso que conmovió a la opinión pública y publicada, que fue la denuncia en un programa de televisión de Ana Orantes, en el curso del cual manifestó una vida de malos tratos a manos de su marido y que tuvo como consecuencia su brutal asesinato por parte de aquel. Esta muerte provocó una revolución legislativa que culminó en 2004 con la Ley Integral contra la Violencia de Género<sup>13</sup>, de tal manera que esta ley nació con vocación multidisciplinar.

Pero antes de llegar a la ley de 2004, se había producido una evolución normativa, siendo hitos importantes la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, y la Ley 27/2003 de 31 de julio, *reguladora de la orden de protección para Víctimas de Violencia Doméstica*.

Efectivamente, hasta el año 1989 no existía en el Código Penal ningún delito que castigara conductas de violencia en el ámbito familiar<sup>14</sup>, en ese año y haciendo frente a esa laguna penal, la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, introdujo en el código de 1973 el delito tradicionalmente conocido como *violencia doméstica*, tipificándose en el artículo 425 de dicho código la conducta consistente en causar lesión o maltrato corporal reiterado en el ámbito

---

<sup>12</sup> En la que se destaca la importancia de evitar los procesos de victimización secundaria y la necesidad de servicios especiales y de organización y apoyo a las víctimas.

<sup>13</sup> ASENJO GONZALEZ, Begoña: “La UPV-EHU también repudia la violencia de género”, en Ixusko Ordeñana Gezuraga y Katixa Etxebarria Estankona: *Los Juzgados de violencia sobre la Mujer* (comp.). Tercera edición de las Jornadas “Justicia con Ojos de Mujer”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre de 2010), ARANZADI, Bilbao, p. 28.

<sup>14</sup> Así, cualquier delito que se cometiera en este ámbito se penaba imponiendo la pena correspondiente al tipo con la agravante de parentesco, siempre que no estuviere específicamente agravado el tipo concreto cometido, como por ejemplo ocurría con el parricidio.

familiar<sup>15</sup>. El espíritu que inspiraba esta reforma era, según se proclamaba en su preámbulo, que respondía a la “*deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo*”.

No obstante la bien intencionada introducción del anterior precepto, su aplicación por parte de los Tribunales fue más bien anecdótica por la escasa conciencia social sobre la gravedad del asunto, de forma que la mayoría de las denuncias se acababan enjuiciando como faltas de malos tratos entre parientes del artículo 582 de ese código de 1973<sup>16</sup>. No obstante, la creciente sensibilización social ante los supuestos de violencia en el ámbito familiar, suscitó la necesidad de buscar un tratamiento adecuado para abordar este problema<sup>17</sup>.

Así, tras la mencionada reforma se han ido sucediendo en el tiempo un buen número de leyes que trataban de solucionar el problema apuntado, destacando entre ellas la publicación del Código Penal de 1995, la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de *Modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, y las ya aludidas más arriba Ley Orgánica 11/2003 y LO 1/2004. El Código Penal de 1995 al igual que el anterior código, recogió la figura del delito de violencia doméstica en el título de los delitos de lesiones, tipificándolas en su artículo 153, conforme al cual se sancionaba, independientemente de la pena que correspondiere aplicar por el resultado lesivo que en cada caso se causare, a “*quien habitualmente ejerciera violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se hallara ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieren o estuvieren sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro*”.

Como novedades respecto a la regulación anterior, el tipo penal contiene una ampliación en cuanto a personas que pueden ser víctimas del mismo (ascendientes, menores, pupilos,...) e introduce una regla concursal conforme a la cual la pena correspondiente al delito de malos tratos se aplicaría junto con la pena que procediere imponer por los resultados lesivos efectivamente causados. Pero el precepto fue modificado de forma sustancial por la Ley Orgánica 14/1999, ampliando nuevamente el círculo de víctimas al suprimir la necesidad de que la relación conyugal o de convivencia subsistiera en el momento de la agresión, siendo posible que la misma tuviera lugar en el marco de una relación ya concluida, incluyéndose en el precepto las agresiones perpetradas contra ex

---

<sup>15</sup> Cometía este delito, según el tenor del precepto “el que habitualmente y con cualquier fin, ejerza la violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese ligado por análoga relación de afectividad, así como sobre sus hijos sujetos a las patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hechos” y se sancionaba con la pena de arresto mayor.

<sup>16</sup> El problema radicaba en que, a tenor del artículo 85 del Código Penal de 1973, la pena a imponer (arresto mayor o multa) podía ser sustituida por la de arresto domiciliario, lo que suponía la vuelta obligada del agresor al domicilio familiar, escenario de la infracción, la mayoría de las ocasiones, y además obligado a permanecer en el mismo en compañía de sus víctimas.

<sup>17</sup> NUÑEZ FERNANDEZ, José y REQUEJO NEVEROS, M.ª Teresa. “Lesiones, Malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en Luis Rodríguez Ramos (comp.): *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de Género*. Editorial Colex, Madrid, 2006, p.74.

cónyuges o ex parejas de hecho. Además, introduce la violencia psíquica junto a la física, y modifica la regla concursal, de tal forma que ya no se sancionaría sólo por los resultados en que hubiere desembocado el acto agresivo, sino por todos los delitos o faltas a los que hubiere dado lugar el acto de violencia física o psíquica<sup>18</sup>.

Pero la aportación más importante del precepto era que introducía una serie de parámetros para medir la habitualidad de la conducta descrita por el tipo, tales como número de actos de violencia acreditados, proximidad temporal entre los mismos y la relevancia de que la víctima fuera siempre la misma o no, así como que estos actos violentos hubieren sido ya objeto de enjuiciamiento anterior.

Otra novedad importante que introdujo esta ley, era que, además de la modificación del catálogo de penas establecidas por el artículo 57, se incluye la pena accesoria y medida de seguridad “*de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal...*) *La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*). *La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos*”.

La Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, en su Exposición de Motivos señalaba que “*la modificación de los delitos relacionados con la violencia doméstica tiene por finalidad que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos*”, añadiendo que “*se incrementa de manera coherente y proporcionada su penalidad*”, y que “*se incluyen todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido*”.

Esta ley reformó el contenido del artículo 153 del Código Penal, pasando a integrar su redacción el nuevo artículo 173.2, que se ubica entre los delitos contra la integridad moral, cambio que resuelve el problema de cuál es el bien jurídico protegido por el delito. Por tanto, a partir de

---

<sup>18</sup> El nuevo artículo 153 del Código Penal era del tenor literal siguiente: «*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*»

*Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.»*

esta reforma se diferencian los malos tratos habituales<sup>19</sup>, y un nuevo delito de malos tratos no habituales, recogido por el artículo 153 en su nueva redacción<sup>20</sup>.

En lo que a la penalidad se refiere, además de imponer la pena de prisión, el tipo incluía la de trabajos en beneficio de la comunidad en régimen de alternatividad, incorporaba como cumulativa y de imposición obligatoria, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas; y como de aplicación facultativa, pero también cumulativa, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento<sup>21</sup>.

Además, en ambos casos (artículos 153 y 173.2) lo esencial para el tipo era la relación que unía entre las personas víctima y autora, y a este respecto el artículo 173.2 establecía que cometía el hecho *“el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”*.

Introducía también, al igual que el nuevo artículo 153, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Ambos preceptos incluían la agravación de que le hecho se cometiere en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el de la víctima, o quebrando alguna de las medidas previstas en el artículo 48 del Código Penal o medida de seguridad o cautelar de idéntica naturaleza.

El punto más importante en esta evolución legislativa lo ha supuesto la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, la cual opera

<sup>19</sup> Que se penalizaban en el artículo 153 anterior y que con esta reforma pasan al artículo 173.2 del Código Penal.

<sup>20</sup> Que pasó a castigar como un delito de lesiones la comisión de conductas generalmente constitutivas de falta de lesiones, malos tratos o amenazas leves cuando fueren cometidos sobre alguna de las personas que menciona el artículo 173.2 del mismo código.

<sup>21</sup> El artículo 153 en su nueva redacción establecía: *“El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

*Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”*

una importante reforma en el ámbito penal sustantivo, y entre cuyas modificaciones más destacables se encuentran:

- En primer lugar, el artículo 36 de dicha ley, rubricado “Protección contra las lesiones”, que reforma el artículo 148 del Código Penal, introduciendo nuevos supuestos de agravación en las lesiones<sup>22</sup>;
- El artículo 37 de la misma ley, referido a la protección contra los malos tratos, que dota de un nuevo contenido al artículo 153 del Código Penal, tipificando las lesiones no constitutivas de delito y los malos tratos<sup>23</sup>;
- El artículo 38 continúa con la protección contra las amenazas, añadiendo tres nuevos apartados al artículo 171 del Código Penal<sup>24</sup>;
- El artículo 39, en relación a las coacciones, añade un segundo párrafo al artículo 172 del Código Penal, referido a quien de modo leve coaccione fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o si la víctima fuere una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor;
- Finalmente, y por lo que se refiere a los aspectos que se están tratando en este punto, el artículo 41 de la ley regula la protección contra las vejaciones leves, modificando el artículo 620 del Código Penal<sup>25</sup>.

De lo expuesto se desprende cómo en poco más de quince años se han ido introduciendo de manera constante una sucesión de reformas legislativas relativas a la cuestión de la violencia en el ámbito familiar, en unos primeros momentos, violencia de la que se extrajeron los supuestos de violencia contra las mujeres, si bien de forma limitada ya que no se contempla todos los actos violentos que tengan como víctimas a mujeres, y que se deriven de la situación de desigualdad en que tradicionalmente se han visto involucradas las mujeres como víctimas. De tal modo el eje de

<sup>22</sup> Añadiendo el supuesto de que la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. O si la víctima fuere una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (ordinales 4º y 5º del artículo 148 del Código Penal).

<sup>23</sup> Sobre estos tipos penales se entrará a su análisis en el capítulo 1º de este trabajo.

<sup>24</sup> Referidos a las amenazas leves a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; Amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas contempladas en el artículo 173.2 (ordinales 4º y 5º del precepto).

<sup>25</sup> En el que se añade un párrafo segundo al artículo 620 del Código Penal referido al supuesto de que la víctima de las injurias o vejaciones injustas sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del mismo código, y a las que ya hemos hecho referencia anteriormente, y establece la excepción a la regla general contenida en el precepto de que para la persecución de estas faltas es precisa la denuncia de la persona ofendida, estableciendo que en esos supuestos (las personas contempladas por el artículo 173.2) no será exigible la denuncia, con la excepción de la persecución de las injurias.

actuación de las modificaciones se centra en la violencia ejercida en el seno de las relaciones de pareja, ya sea matrimoniales o de análoga afectividad, ya presentes, ya pretéritas, excluyendo otras manifestaciones violentas en que se “elije” a las víctimas por su supuesta especial debilidad, al menos desde el punto de vista de la persona autora<sup>26</sup>. Por tanto, las otras formas de violencia en que se ven involucradas como víctimas las mujeres se regulan conforme a los criterios generales de punición del Código Penal, sin tener en cuenta cuestiones referentes al género de las víctimas ni la situación de prevalimiento del autor<sup>27</sup>.

Y todas las modificaciones referidas ponen de manifiesto la progresiva tendencia a endurecer las conductas propias de la violencia en el ámbito familiar o de pareja, bien ampliando el círculo de personas que pueden ser víctimas de las diversas conductas tipificadas, bien incrementando la penalidad prevista<sup>28</sup>. Pero lo cierto es que a estas modificaciones les ha sido reprochada, desde el punto de vista de la doctrina jurídica, su celeridad, el escaso lapso temporal entre las mismas, que ha dado lugar a una regulación confusa y caótica, que suscita problemas de interpretación, llegándose a cuestionar la constitucionalidad de alguna de estas normas, invocándose desde algunos sectores doctrinales que supone el retorno al llamado “*Derecho Penal de autor*”, y arrojando dudas acerca de su conveniencia desde el punto de vista la política criminal, como explicaremos en el capítulo 1 de este trabajo.

No obstante las voces críticas, se ha podido constatar cómo los cambios legislativos sucedidos en estos años, que por un lado han favorecido el endurecimiento progresivo del sistema punitivo en estos supuestos, por otro lado, han abierto espacios importantes para la intervención preventiva frente a la violencia de género, y en concreto, para la protección de las víctimas ante situaciones de riesgo objetivo en que pudieren hallarse involucradas, contribuyendo a la visibilización de un tipo de violencia que, hasta no hace muchos años, quedaba oculta en la intimidad del hogar. Se dota de trascendencia pública a situaciones que tradicionalmente se venían considerando como cuestiones privadas, si bien de forma todavía un tanto restrictiva como se verá al analizar los supuestos en que la víctima se acoge a la dispensa de declarar contra su cónyuge o persona con la que le une relación de análoga afectividad, o la problemática suscitada por la solicitud de retirada de las medidas protectoras solicitadas por las propias víctimas.

---

<sup>26</sup> Y en estos casos en ámbito familiar estaría la violencia ejercida de padres sobre sus hijas, hermanos sobre hermanas, hijos sobre madres; en el ámbito laboral, la ejercida por empleadores sobre sus empleadas; o en otros ámbitos, la trata de mujeres con el fin de su explotación sexual, a título de ejemplos.

<sup>27</sup> Si bien, en algunos casos la penalidad correspondiente a esas conductas podrían verse agravada por la aplicación de la agravante n.º 4ª del artículo 22 del Código Penal, consistente en cometer el hecho, entre otros motivos, por razón del sexo de la víctima.

<sup>28</sup> Lo cual ha sido cuestionado desde el ámbito de personas operadoras jurídicas, aduciendo vulneración del principio de proporcionalidad de las penas.

## **I.- EL CONCEPTO DE DELITOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO.**

### **1.- CUESTIONES PRELIMINARES.**

La Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género constituye un punto de inflexión en la regulación de la violencia en el ámbito de las relaciones afectivas en nuestro país, por cuanto sin abandonar el sistema de protección integral de las víctimas introducido por la Ley 27/2003, que refuerza, se decanta por el tratamiento específico y exclusivo de la violencia que se ejerce sobre las mujeres en las relaciones de pareja, al margen de otras manifestaciones de la violencia doméstica, rompiendo la tendencia expansiva que en torno a la determinación del círculo de sujetos pasivos se observaba en las reformas de nuestro ordenamiento jurídico desde las Leyes Orgánicas 10/1995 y 14/1999 de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección a las víctimas de los malos tratos (así, la LO 11/2003 ampliaba el círculo de sujetos pasivos incluso a otros ámbitos privados de dependencia además del estrictamente familiar), como se tratará más adelante en este capítulo.

Una doble motivación subyace en esta iniciativa legislativa: Una, de carácter cuantitativo, vinculada a la magnitud del fenómeno de la violencia sobre las mujeres en nuestro país. Efectivamente, los datos de carácter sociológico que ofrecen las estadísticas de violencia doméstica ponen de manifiesto la abrumadora mayoría de agresores masculinos. Otra, de carácter cualitativo, derivada de la constatación de que esta violencia degrada los valores en que han de apoyarse las relaciones afectivas y viola y menoscaba derechos constitucionales como la integridad física y moral, la libertad, la seguridad, la dignidad humana, la igualdad y no discriminación por razón de sexo<sup>29</sup>.

La LO 1/2004 de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, con sustento en el artículo 9.2 CE que obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan la efectividad de la igualdad, retoma el enfoque de género iniciado por la Proposición de Ley Integral contra la Violencia de Género de 21 de diciembre de 2001 y que, en nuestro país se encuentra presente, en una u otra medida, en la normativa de las Comunidades Autónomas.

---

<sup>29</sup> Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género, pp. 1-2.

## 2.- PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO.

Como razona la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres y para ello aborda los distintos enfoques del problema, diseñando un tratamiento integral del fenómeno de la violencia contra las mujeres que permita atajar todas y cada una de las causas que favorecen su aparición. De tal manera, y en el ámbito penal, la Exposición de Motivos de la Ley justifica, según apunta Inmaculada Montalbán Huertas, la agravación de los tipos penales en la realidad criminológica en que se producen las agresiones<sup>30</sup>.

Por tanto, con la serie de medidas reguladas por esta Ley, lo que se pretende es actuar desde la causa del problema, que hunde sus raíces en concepciones sociales de superioridad de los hombres sobre las mujeres, hasta la atención integral de las víctimas, pasando por el agravamiento de la respuesta punitiva frente a sus más frecuentes manifestaciones delictivas y la creación de nuevas instancias en el ámbito judicial y fiscal que posibiliten el tratamiento conjunto y especializado de los aspectos penales y civiles derivados de los conflictos de pareja. Unido a lo anterior, cabe destacar que, además, se persigue una importante función simbólica y pedagógica. Su aprobación unánime en el Parlamento pone de manifiesto que el problema de la violencia que específicamente se utiliza contra las mujeres ha sido tomado en conciencia por el poder legislativo. De hecho, el cambio cultural que precisa su erradicación no se confía a la potencial capacidad de estructuración de la sociedad que comporta toda norma jurídica y fundamentalmente las de carácter represivo, sino que se incide en el mismo mediante referencias expresas en el articulado a la necesidad de promover un cambio significativo del sustrato sociocultural que trivializa la discriminación y la violencia contra las mujeres, al tiempo que transmite un mensaje de tolerancia cero frente a cualquier agresión en este ámbito.

Se inicia la LO1/2004 con un Título preliminar, que recoge las disposiciones directivas sobre el alcance, finalidad y principios rectores de la Ley.

El artículo 1, dedicado al objeto de la Ley, es del tenor siguiente:

*“1.- La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares*

<sup>30</sup> MONTALBAN HUERTAS, Inmaculada: “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección contra la violencia de género”, en Isabel Tena Franco (comp.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II- 2005. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 280, 290- 291.

*de afectividad, aun sin convivencia.*

2.- *Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.*

3.- *La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.”*

El texto de dicho artículo contiene dos órdenes de declaraciones. La primera, comprensiva de sus apartados primero y tercero, referida a la definición de violencia de género y de sus manifestaciones a efectos de esta Ley, optando por una definición de la violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos de violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad del agresor; y la segunda, relativa al carácter integral de las medidas de protección previstas y de la finalidad perseguida con las mismas.

Las nuevas normas penales y procesales con frecuencia se refieren literalmente a delitos relacionados con la violencia de género sin contener una norma que los identifique de manera auténtica.

Para ello, en una labor de interpretación sistemática de las normas, este concepto habrá de integrarse con los artículos 1.3 de la Ley Orgánica 1/2004 (“*La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.*”) y con el artículo 87 ter. de la Ley Orgánica 6/85 de 1 de julio del Poder Judicial, tras la redacción introducida por el artículo 44 de la LO 1/2004, que determina la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y establece el catálogo de delitos cuya instrucción compete a dichos órganos judiciales. Conforme a este precepto “delitos relacionados con la violencia de género” son los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a: Homicidio; Aborto; Lesiones; Lesiones al feto; Delitos contra la libertad; Delitos contra la integridad moral Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación; cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, tipificados en el Capítulo III del Título XII del Código Penal (quebrantamiento de los deberes de custodia, la inducción de menores al abandono de domicilio; sustracción de menores y el abandono de familia, menores o incapaces).

Pero, lo anterior obrará su virtualidad siempre y cuando se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, a tenor del artículo 1.1 de la LO 1/2004 y 87 ter 1a), b) y d) de la LOPJ<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Según interpretación propuesta por el Observatorio contra la violencia de género, en reunión de 21 de enero de 2005, citado por MONTALBAN HUERTAS, Inmaculada: Ley Orgánica 1/2004, ..., *op. cit.*, pp. 290-291.

### 3. - LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA DOCTRINA PENAL.

La LO 1/2004 ha sido objeto de encarnizados y virulentos ataques rara vez conocidos en nuestro sistema jurídico, procedentes tanto de sectores doctrinales, como prácticos del Derecho, habiendo sido objeto de formulación por parte de la Judicatura de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en las que se ha venido poniendo en tela de juicio su adaptación, en concreto en lo concerniente a la nueva redacción dada a los tipos penales, a los principios fundamentales de nuestra carta magna, constituyendo un fenómeno sin precedentes en nuestro sistema jurídico.

Así, su acogida por algunos sectores de la abogacía ha sido escasamente entusiasta, indicando que al analizar el contenido de la LO 1/2004, la primera cuestión que se ofrece a su consideración “tiene relación con el mismo término, género, que en ella se utiliza”. Cuestionamiento del término “género”, que en principio se produce desde diversos sectores doctrinales, habiendo el concepto “violencia de género” encontrado numerosas resistencias en quienes ponen el énfasis en la significación gramatical de la palabra española “género”. Se argumenta que dicha expresión en lengua española puede ser masculina o femenina, “de suerte que, en puridad lingüística, el término incluye la violencia causada por las mujeres sobre los hombres. Por ello, entre variadas propuestas que persiguen la mejor identificación del grave problema social de la violencia contra las mujeres, existen ofertas tales como añadirle el “apellido” y hablar de “violencia de género machista”, “violencia viril” o “violencia sexista”.

Pero el cuestionamiento que se hace de la ley va más allá de lo estrictamente terminológico, y se cuestiona incluso su razón de ser, “es como si de pronto el hombre, como una de las especies del Mundo, hubiera desaparecido del Planeta y solo persistiera, como ser perpetuo digno de especial protección, la mujer. De otro lado y aun cuando la Exposición de Motivos lo razona, tampoco comprendo muy bien, por qué razón se publica una ley que sólo hace referencia a la mujer, como sujeto de la misma, con olvido del hombre. Es como si el maltrato físico y con más profusión el psíquico (también dañino) no debieran ser tenidos en cuenta cuando el sujeto pasivo sea el hombre. No por olvidarlos los problemas dejan de existir”, argumenta el Letrado Ángel Gaminde<sup>32</sup>.

Se ha llegado a decir que el sentido de la reforma es evidente: agravar la responsabilidad de los agresores que son maridos o compañeros sentimentales, o lo han sido, cuando actúan contra sus mujeres o compañeras, haya o no convivencia y sean o no éstas especialmente vulnerables. Así, “la agravación se materializa en la introducción de tipos más graves en razón del sexo de los sujetos

<sup>32</sup> GAMINDE MONTOYA, Ángel: “Violencia sobre la Mujer (una ley apresurada, la 1/2004)”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 147.

activo y pasivo y en la conversión de faltas en delito por idéntica razón. Esta agravación opera automáticamente, sin necesidad de probar el ánimo discriminatorio en la agresión, ya que los nuevos tipos no contienen ningún elemento subjetivo en tal sentido, ni objetivo del que se infiera el ánimo<sup>33</sup>. Plantea Araceli Manjón- Cabeza Olmeda el razonamiento siguiente:

Toda la ley va dirigida a los actos de violencia que se presentan como una manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (artículo 1),

sin embargo, el mayor rigor penal se aplica automáticamente a los casos marido- compañero contra esposa- compañera,

luego, para las Cortes, todo acto de violencia, desde un empujón hasta un asesinato, pasando por el mal trato habitual, en esa combinación de sujetos es siempre y, sin posibilidad de prueba en contrario, un acto de violencia de género, siendo otros móviles irrelevantes. Esta presunción no cabe en Derecho Penal, por ser contraria al principio de culpabilidad. Para que la agravación fuese admisible tendría que demostrarse que todos esos actos tienen su origen en una mentalidad machista y que siempre son expresión de un deseo de dominar a las mujeres. Si la anterior demostración fuese posible, no hablaríamos de presunción; pero argumenta la autora, “yo creo que tal constatación es inviable y que la perspectiva de género no es capaz de suministrarla con el nivel de certeza que se requeriría para sobre ella construir un tipo penal más grave de aplicación automática”.

Expuesto el anterior razonamiento en la forma efectuada, argumenta la autora que aparentemente no hay presunción, pues se afirma que es violencia de género la que ejercen los maridos o compañeros sobre sus mujeres o compañeras, y esto es algo objetivo; pero en realidad sí hay presunción, porque se tiene por cierto que en todos los casos la violencia de un hombre contra su mujer o compañera es siempre una manifestación de la discriminación, la desigualdad y el poder de los hombres sobre las mujeres. La presunción es *iuris et de iure* por no admitir prueba en contrario. Concluye que “al final resulta que la Ley de violencia de género ha introducido las agravaciones construyéndolas sobre el dato biológico del sexo de los sujetos y no sobre el dato sociocultural de la desigualdad”.

Es cuestionada la ley, desde otro punto de vista, como una ley apresurada, así según Gaminde, ha visto la luz “como consecuencia (de otro lado justa y lógica) de las enormes presiones que sobre el legislador han ejercido los colectivos femeninos (y feministas), de manera que, sobre la base de querer proteger a las mujeres, lo han hecho publicando las Cortes una Ley en la que conductas tan típicas como las contempladas en la misma, deben ser objeto de un tratamiento

<sup>33</sup> MANJON- CABEZA OLMEDA, Araceli. “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en Luis Rodríguez Ramos (comp.): *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de Género*. Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 34.

penológico diferenciado, sin que alcancemos a comprender tampoco cómo el factor numérico (mayores agresiones de los hombres a las mujeres) deba ser considerado como elemento excluyente a la hora de publicar la ley. Las leyes deben publicarse y crearse para todos, con independencia del género. Salvo que éste se refiere a animales irracionales o a meras cosas inanimadas. ¿Cuántos hombres han sido objeto de maltrato en España por parte de mujeres? Ese dato parecen haberlo olvidado las Cortes”.

En términos diferentes al anterior se expresa Patricia Laurenzo Copello al aducir que “un delito que se creó al calor de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema contra las mujeres nació desde el principio claramente desenfocado apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que a las auténticas causas que la generan”<sup>34</sup>. Para esta autora el empeño en tratar el problema de la violencia de género pone de manifiesto una preocupante falta de comprensión del fenómeno o, tal vez, la falta de interés por llegar a la causa última que lo genera. Por eso, cuando se reivindica un tratamiento jurídico independiente para esta clase específica de violencia no se trata sólo de desvelar la radical injusticia que ella entraña. Se trata de orientar la política legislativa hacia las auténticas causas del problema, única garantía del desarrollo de estrategias mínimamente aceptables para combatirlo. El camino indiferenciado seguido hasta entonces por el poder legislativo (amparado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria) apuntando a la familia como causa y a la vez víctima del fenómeno de la violencia doméstica, pone al descubierto la pertinaz resistencia de muchos sectores sociales a reconocer que la violencia de género existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima (al hecho de ser mujer) y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio de los hombres sobre las mujeres.

Sobre la crítica que se hace contra los nuevos preceptos penales de no contener un elemento subjetivo que permita romper la presunción, se responde que lo importante no es el motivo de la violencia, sino la relación de poder que favorece el uso de la violencia. Y se añade que el problema está en distinto punto de partida: la Ley parte de la distribución de roles que favorece las relaciones dominación y poder, o sea de la perspectiva o enfoque de género. Por el contrario, hay quienes sustentan posiciones críticas que entienden que cada caso de violencia obedece a la personalidad agresiva o dominante de un miembro de la pareja que puede ser el hombre, pero también la mujer: Reconocen quienes aplauden la Ley que, desde esta óptica individual de la violencia, se desenfoca totalmente el sentido de las agravantes y se explican las críticas sobre trato discriminatorio hacia el hombre.

---

<sup>34</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia: “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de Género: valoración político criminal”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 92.

Es claro que son dos las posiciones ideológicas distintas:

1.- la que ve cada caso de violencia contra las mujeres como un hecho singular explicable desde una perspectiva individual,

2.- y la que considera que esta violencia es un fenómeno social en el que todos los casos se explican por la estructura social que todavía hoy padecemos. Comparte Araceli Manjón-Cabeza esta segunda forma de entender la cuestión de la desigualdad real de las mujeres con carácter general desde la perspectiva de género, “pero no admito el razonamiento en el Derecho Penal”<sup>35</sup>. Argumenta la autora que “la perspectiva de género permite analizar la posición de la mujer en su ámbito de pareja, laboral, social y familiar; por otro lado, es un factor más, pero no el único, útil para comprender la génesis de la violencia de género: No creo que tal violencia obedezca solo a factores socio-culturales que relegan a la mujer a posiciones inferiores, sino que a ello debe unirse la presencia de un individuo capaz de actuar violentamente en su relación de pareja. Pero además creo que si bien en la inmensa mayoría de los casos la violencia de un hombre contra su mujer se explica fundamentalmente por razón de dominación y discriminación, sin embargo puede haber algún caso en que no sea así y, precisamente por ello, no podemos admitir en Derecho Penal una presunción absoluta”.

Según María Sanahuja venimos de una cultura violenta en la que hace treinta años se toleraba en las escuelas que los profesores golpeasen a los niños, como forma de imponer la autoridad; los maridos golpeaban a sus esposas sin que ello mereciera reproche social, o peor, generando la culpabilidad de la víctima; y a los asesinatos de mujeres se les llamaba crímenes pasionales. Aunque esta realidad tan desoladora fue modificándose progresivamente, lo cierto es que hasta hace menos de una década, la atención a las mujeres víctimas de malos tratos, tanto por parte de las diferentes policías, como por la judicatura y fiscalía, en un porcentaje elevado de casos era de desatención. En esta materia, ocurriera lo que ocurriese en la intimidad del hogar, como se partía de la indisolubilidad del vínculo matrimonial y de considerar normales determinadas conductas realizadas en el ámbito privado de las relaciones privadas, se aplicaba el principio tácito de no intervención y de minimizar la importancia de los hechos denunciados<sup>36</sup>.

Sin embargo, cuando los medios de comunicación empezaron a difundir, más insistentemente, cifras y detalles de asesinatos y agresiones a mujeres a manos de sus parejas, fue cuando mayoritariamente adquirimos conciencia de que teníamos un problema social grave al que no se estaba dando una respuesta adecuada. Para Sanahuja “la violencia contra las mujeres es un problema complejo y multidisciplinar, y no es tan sencillo dar respuestas a corto plazo. Sin

<sup>35</sup> MANJON- CABEZA OLMEDA, Araceli. “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal... *op. cit.* pp. 37-38.

<sup>36</sup> SANAHUJA, María. “Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en “*La Ley de medidas de protección contra la violencia de género*” (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2005, pp. 55-56.

embargo, la complejidad no es a nivel jurídico, pues no son muchas las normas a aplicar. Son pocos los artículos del Código Penal y del Código Civil a manejar”.

La cuestión general más importante que plantea la LO 1/2004, en lo que a las normas penales concierne, es la relativa a si en Derecho Penal puede admitirse la discriminación positiva. Para Miguel Colmenero<sup>37</sup> “el Derecho Penal no es un campo especialmente adecuado para la utilización de estos mecanismos (discriminación positiva y acción positiva), y menos aún en el caso de que supongan la creación de perjuicios comparativos exclusivamente contruidos sobre la base del sexo de quien los ha de padecer. El Derecho Penal no es un Derecho de prestaciones, de manera que haya que asegurar que todos los hombres y mujeres, acceden en condiciones de igualdad a determinados derechos o servicios prestados en el ámbito de esta rama del ordenamiento, sino que se trata de un derecho de protección de bienes jurídicos mediante la amenaza de sanciones dispensadas a quienes los lesionan o los ponen en peligro, según los casos. Y en este sentido, la protección no se concibe como limitada, de forma que solo pudieran tener acceso a ella un número más o menos determinado de personas. En el ámbito penal no se excluye de la protección a ninguno de los titulares de los bienes en peligro o ya dañados, ni se establece un cupo máximo del que pudieran resultar excluidos algunos de ellos. Ni en la ley ni tampoco en la práctica”. Para este autor el Derecho Penal actual se basa en la igualdad ante la ley y en el principio de la culpabilidad por el hecho, por lo que, congruentemente, no resulta adecuado a los principios del Derecho Penal el establecimiento de un sistema en el que miembros de un grupo, por el sólo hecho de serlo, sean acreedores de una sanción penal mayor que la que correspondería al resto de la ciudadanía por la misma acción. Ni tampoco es inicialmente correcto crear un grupo de personas privilegiadas que recibirían una mayor protección para sus bienes jurídicos de mayor calidad que la que correspondería a las demás en general.

Parece olvidar este autor que históricamente en Derecho Penal se han producido discriminaciones por razón de pertenencia al sexo femenino en algunas normas penales, y la descripción típica de algunas infracciones se ha realizado en su momento desde perspectivas que implicaban una clara discriminación, como por ejemplo la antigua previsión del Código Penal relativa al marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer diera muerte en el acto a los adúlteros, al que se sancionaba con destierro, quedando claro que tal beneficio penológico no era extensible a la mujer que se encontrara en la misma situación, a la cual le serían impuestas las penas correspondientes al parricidio, al asesinato o al homicidio según los casos, notoriamente más graves. De tal manera se producía un supuesto de discriminación negativa ya que se penaba más a las mujeres por el hecho de serlo, negándoseles una reducción de su responsabilidad en atención a las circunstancias. O, por citar otro ejemplo de norma vigente hasta el año 1983, el artículo 583 del Código Penal de 1973 sancionaba a los maridos que maltrataban a sus mujeres aunque no les

<sup>37</sup> COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, Miguel. “La discriminación positiva en el ámbito penal”, en María Eugenia Alegret Burgués (comp.): *La discriminación Positiva*. Manuales de Formación continuada, 35-2005, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, p. 284.

causaran lesión y a las mujeres que maltrataban de palabra o de obra a sus maridos, de donde resultaba una especie de inmunidad penal para los maridos que maltrataran de palabra a sus mujeres, caso de discriminación negativa ya que se sancionaba una conducta (maltrato verbal) como “únicamente relevante a efectos penales” si era ejecutada por una mujer.

Para el autor citado arriba la anterior situación ha quedado superada y “desde la óptica actual resultan (estas situaciones) claramente inaceptables..., se ha producido la supresión de esas previsiones discriminatorias, y no acudiendo a mecanismos que supongan un favorecimiento de la mujer en cuanto a la protección de bienes jurídicos de los que es titular de la misma forma en que lo es el varón, y mucho menos que suponga un perjuicio para el varón por el hecho de serlo”. Concluye el autor que “en principio, el Derecho Penal no precisa de mecanismos correctores como la acción positiva o la discriminación positiva para restablecer o conseguir una igualdad de los ciudadanos más allá de su proclamación formal en las normas. Por el contrario, de lo que se trata es de comprobar si existen bienes jurídicos necesitados de protección que requieran la intervención del Derecho Penal, y en qué medida lo demandan”.

Araceli Manjón-Cabeza analizando el requisito de que las acciones positivas se dirigen a grupos o colectivos generando un beneficio inmediato, argumenta que “no es esto lo que ocurre en Derecho Penal, porque los nuevos tipos delictivos, no benefician al colectivo de mujeres, no van dirigidos ni a todas las mujeres, ni tan siquiera a las que sufren violencia de género, si no sólo a aquellas que son víctimas de su marido o compañero. Por otro lado, las agravaciones no benefician a la mujer; lo que beneficia o ayuda a la mujer son las medidas que se establecen para su mayor protección, pero no el incremento de la pena. Si además se tiene en cuenta que el Derecho Penal se manifiesta fundamentalmente a través de la pena que se aplica al sujeto activo del delito, entonces es fácil de entender por qué a la LO 1/2004 se le imputa que no beneficia al colectivo de mujeres, sino que perjudica a los autores varones”, a esto la autora lo denomina “acción negativa contra los hombres” y no discriminación positiva a favor de las mujeres, que además argumenta que “disparar la sanción de un agresor no mejora en nada la situación del colectivo de mujeres, pero a él le hacemos cargar con lo que ha hecho y con lo que han hecho otros, con el daño que él ha causado y con todos los males sociales que sufren las mujeres”.

La acogida de la regulación de los tipos penales referentes a la violencia de género no ha sido, para María Luisa Maqueda, pacífica y el coste su incierta viabilidad práctica está siendo muy elevado. Partiendo de que la falta de apoyo parlamentario a esa protección selectiva de las mujeres por parte de las fuerzas más conservadoras ya había desnaturalizado en buena medida esa propuesta legislativa al forzar desde un primer momento la ampliación de ese régimen cualificado de tutela a “otras víctimas especialmente vulnerables” que convivan con el autor (artículo 153.1 del Código Penal), dando cabida así junto a las mujeres, al resto de miembros dependientes de la unidad familiar. De modo que para esta autora “frente a lo que se afirma, la protección penal que la ley integral otorga a las víctimas de malos tratos dista mucho de ser sexuada en tanto que incluye a

menores, incapacitados o ancianos independientemente de su condición sexual”<sup>38</sup>. Pero si lo anterior no hubiera sido poca muestra de resistencia, señala María Luisa Maqueda que algunas cuestiones de inconstitucionalidad presentadas en el año 2005 salidas desde el ámbito judicial y presentadas ante el Tribunal Constitucional han pretendido la eliminación del cualquier referencia explícita a las mujeres en la tutela penal de los actos de maltrato, argumentando que es exponente de una discriminación positiva proscrita en el ámbito punitivo.

Según Miguel Colmenero la sociedad hoy en día, en cierta medida y en ciertos aspectos, discrimina negativamente a la mujer, y se pregunta si un Derecho Penal que formalmente no es un derecho sexista, puede contribuir de alguna forma a aquella discriminación en tanto que se elabora, se interpreta o se aplica con criterios propios del rol masculino, de forma que causa desigualdad efectiva. “Desde algunas posiciones cercanas al feminismo radical, partiendo de la distinción de los conceptos de sexo, como una característica biológica, y de género, como un concepto cultural, se sostiene la existencia de roles estereotipados correspondientes a hombre y mujer que son asumidos socialmente en una gran proporción, dentro de una organización social que, aun cuando los pueda criticar formalmente, en realidad funciona de tal manera que retroalimenta esta configuración, la cual se va perpetuando generación tras generación. Dentro de este marco, se tiene la tentación, no siempre rechazada, de utilizar el Derecho Penal para poner de manifiesto de una forma que despierte la atención, los problemas que ciertas situaciones crean a las mujeres como consecuencia de su rol social”<sup>39</sup>.

La anterior posibilidad tiene, para el citado autor, también un aspecto negativo “que, a veces, parece que aceptado como un mal menor: la sobreprotección, cuando es establecida para todo caso, también puede producir como efecto secundario la reafirmación del rol de inferioridad contra el que se pretende luchar. Si la mujer se encuentra en una situación de inferioridad a consecuencia de su rol social, y esa inferioridad se establece legalmente como principio inmutables sobre el que la propia ley se construye y descansa, es esta misma ley quien se niega a reconocer cualquier posible avance, inmovilizando a la mujer en una posición de inferioridad. Pero es que si de hecho no se ha producido efectivamente la imposición de una sanción agravada en atención a su concurrencia colisionaría con los principios básicos aplicables en el marco de un Derecho Penal basado en la culpabilidad del autor por el hecho concreto realizado, acercándose peligrosamente a concepciones más propias de un “*Derecho Penal de autor*”, hoy abandonadas”.

<sup>38</sup> MAQUEDA ABREU, María Luisa: “La violencia de Género. Entre el concepto y la realidad social”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (08-02, 2006) < <http://criminet.ugr.es/recpc> >, pp. 10-11 [Consulta: 10 de agosto de 2012].

<sup>39</sup> COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, Miguel. “La discriminación positiva en el ámbito penal”..., *op. cit.*, p. 287.

Las concepciones del “*Derecho Penal de autor*” surgen como consecuencia de la evolución del concepto de delito que sufrió una ruptura en los años treinta y principios de los cuarenta del siglo XX con motivo del triunfo del nacionalsocialismo en Alemania y la influencia de la Escuela de Kiel, propugnándose el abandono del Derecho Penal del hecho, que se decía demasiado garantista, y su sustitución por un Derecho Penal de autor, que permitiese sancionar según los intereses del régimen imperante a la sazón. Se basaba este “*Derecho Penal de autor*” en la clasificación de tipos de *autorías* y la intervención penal se aplicaba “según el sano sentimiento del pueblo alemán”. La acción individualizada de cada persona no era fundamental para la determinación de la conducta punible, sino su comportamiento global o modo de ser general. La tipicidad tampoco era fundamental, pues el principio de legalidad era sustituido por la posibilidad de analogía contra quien sea reo y la libre integración judicial del Derecho conforme al sano sentimiento jurídico del “*pueblo alemán*”. En lo antijurídico lo más relevante era lo subjetivo o anímico, la actitud interna y la rebeldía frente al Derecho; la antijuricidad material no se determinaba en función de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino como contrariedad al deber personal de cada persona para con el Estado y el Derecho. Finalmente, se rechazaba el principio de culpabilidad por el hecho, sustituyéndose por la “culpabilidad por la conducción de la vida”, que permitía enjuiciar no sólo sobre la base del momento en que se cometía el hecho, sino a lo largo de toda la vida de cada persona, destacando el enjuiciamiento de su personalidad<sup>40</sup>.

Es precisamente este reproche a la LO 1/2004 de acercarse peligrosamente a concepciones propias de un “*Derecho Penal de autor*” uno de los más extendidos entre los diversos colectivos jurídicos implicados, precisamente en la lucha contra esta lacra social que es la violencia de género machista. Sin embargo, este reproche tal vez pueda ser tildado de falaz, inapropiado, mal intencionado y falto de conocimientos, para ello hay que atender a varias cuestiones que confirman la más que posible lejanía de la LO 1/2004, al menos en su aspecto penal, que es de lo que se está tratando aquí, de las concepciones del “*Derecho Penal de autor*”. En primer lugar porque no se está sancionando con la agravación a ningún varón por “su comportamiento global o modo de ser general”, sino por la comisión de hechos constitutivos de infracción penal, esto es, conductas tipificadas por la ley como tales. En segundo lugar, en esta concepción “la tipicidad tampoco era fundamental, pues el principio de legalidad era sustituido por la posibilidad de analogía contra el reo y la libre integración judicial del Derecho conforme al sano sentimiento jurídico del “*pueblo alemán*”. Pues bien, las demás ideas tampoco tienen virtualidad alguna en nuestro sistema jurídico ya que la tipicidad y el principio de legalidad son básicos para la existencia de reproche penal y así se establece ya en el artículo 1.1 del Código Penal<sup>41</sup>, por otro lado, nuestro sistema penal proscrib

<sup>40</sup> VICENTE REMESAL, Javier De: “La Teoría Jurídica del delito. El sistema Causalista. El sistema Finalista. Concepto y clases de delitos. Sujetos, tiempo y lugar de la acción”, en Secretariado de Jueces para la Democracia (comp.) *Derecho Penal y Procesal Penal*. Fundación Antonio Carretero. Centro de Estudios Jurídicos Adams. Madrid 2000, pp. 22 y 23.

<sup>41</sup> Artículo 1.1 del Código Penal: “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración”.

tanto la retroacción de la ley penal sancionadora como la analogía penal<sup>42</sup>. Tampoco se va a sancionar a nadie, hombre o mujer por “su actitud interna y rebeldía frente al Derecho”, ya que lo sancionado son precisamente actos externos reveladores de conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, y no actitudes internas de sujetos, lo que para esta concepción no determinaba la antijuricidad material, sino la contrariedad al deber personal de toda persona para con el Estado y el Derecho. En último lugar en nuestro sistema penal, y en particular en el ámbito ahora analizado, delitos de violencia de género, no se sustituye el principio de culpabilidad por el hecho por la “culpabilidad por la conducción de la vida”, que enjuiciaba no sólo sobre la base del momento en que se cometía el hecho, sino a lo largo de toda la vida de la persona, que conducía al enjuiciamiento de su personalidad, ya que nuestro sistema no penaliza a los hombres por ser como son ni por cómo se conducen en la vida en general, sino por incurrir en las conductas penalmente sancionadas, esto equivale a la vigencia del principio de culpabilidad por el hecho, que se negaba por la concepción penalista enunciada.

A lo anterior, se puede añadir, como bien hace ver María Luisa Maqueda, que a nadie en la judicatura penalista se le oculta que “esta clase de previsiones (protección a un determinado colectivo de personas frente a determinados ataques a sus bienes jurídicos) discriminatorias no son extrañas al modo de operar del ordenamiento punitivo. Que numerosas fórmulas de agravación ideadas por el legislador penal para la parte especial del Código se fundan en la necesidad de una tutela cualificada a favor de determinados sectores sociales (ex toxicómanos, trabajadores sin permiso de trabajo, menores o incapaces...) expuestos a un riesgo especialmente elevado de sufrir daño en sus bienes más esenciales (vida, salud, libertad, dignidad...) y que las mujeres son de esas víctimas propicias ante la violencia masculina, como lo demuestra el dato suministrado por la estadística judicial que acapara el 91% de los casos de maltrato, lo que justifica que la ley le otorgue una protección preferente”.

Por otro lado, según Montserrat Comas, no es algo ajeno recurrir a una agravación de la pena en nuestra tradición jurídica penal, ya que en nuestro Código Penal existen casos de agravación cuando el delito tiene lugar en una determinada relación, o por la actitud o intención del sujeto, o por los medios empleados. A título de ejemplo cita la autora y Magistrada, la pena del homicidio que se agrava en los casos de genocidio (artículo 607 del Código Penal), o terrorismo (artículo 571 en relación con el 572 del Código Penal).

Igualmente, en la parte general del mismo Código, el artículo 22.4 establece una agravación genérica para todos los delitos: “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca...”. Concluye la autora que “teniendo en cuenta que el Código Penal castiga la misma conducta con una pena más grave a quien actúa por motivos “racistas” –matar o lesionar a una persona de color negro por el mero hecho de serlo. En atención a dicha circunstancia se castiga más gravemente que la misma acción cometida respecto a una blanca-, por la misma razón podemos

<sup>42</sup> En ese sentido los artículos 2.1 y 4.1 del Código Penal.

admitir que existan tipos agravados cuando la persona actora actúa por motivos “machistas o de discriminación sexista”, entendiéndose por tal a quien actúa por los motivos descritos en el artículo primero del texto legal. Dado que el machismo es un problema social que crea desigualdad y es el origen de la práctica totalidad de las acciones violentas en el ámbito de la pareja, deberíamos admitir que se castigue más intensamente esta conducta, estableciendo un plus de protección a las mujeres que sufren las consecuencias de este problema, protegiendo de esta forma las relaciones de igualdad en la pareja”<sup>43</sup>.

Para concluir, se debe señalar que para Miguel Colmenero, a pesar de que hoy día no puede aceptarse la aprobación de textos legales, en materia penal, que prescindan del principio de igualdad ante la ley o del principio de culpabilidad por el hecho cometido, no parece que sea admisible sancionarlas más o menos en función de la autoría, prescindiendo de las circunstancias del caso. Incluso en el Derecho Penal vigente pueden encontrarse algunos preceptos elaborados desde un punto de vista básicamente masculino, o dicho de otra manera, con falta de neutralidad, como por ejemplo la eximente del artículo 20.2ª del Código Penal (toxicomanía o intoxicación etílica), que en ocasiones se ha considerado más propia de hombres que de mujeres. También, indica el autor que existen otras normas que protegen contra la discriminación por razón de sexo, como la agravante del artículo 22.4 del mismo código, pues aunque esté redactada de forma neutra, su aplicación es más frecuente en casos de delincuentes varones. Así mismo, señala que algunos tipos penales, especialmente los relacionados con la llamada violencia de género, aun cuando estén redactados de forma neutra se explican mejor si se parte de la base de que en la generalidad de los casos la víctima es una mujer. Dice el autor que “en su interpretación y aplicación, entiendo que no es posible afirmar tendencias de carácter general, de carácter radical, machistas o feministas, aunque pueden darse casos aislados en uno u otro sentido. Por el contrario,..., sí es posible reconocer colectivos que necesitan una mayor protección dadas sus características lo que supone una mayor atención o reacción que puede traducirse incluso en un incremento de las sanciones previstas para quienes los atacan, centrándose entonces la cuestión en la corrección de los criterios seguidos en la elaboración de las normas aprobadas con esa finalidad”.

#### **4.- LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y CIRCULARES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.**

Como ya se constataba anteriormente, la LO 1/2004 ha sido objeto de formulación por parte de la Judicatura de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, en las que se ha venido poniendo en tela de juicio su adaptación, en concreto en lo concerniente a la nueva redacción dada a los tipos penales, a los principios fundamentales de nuestra carta magna<sup>44</sup>,

<sup>43</sup> COMAS D' ARGEMIR I CENDRA, Montserrat: “Poder Judicial y violencia doméstica...”, *op. cit.*, pp. 41-42.

<sup>44</sup> En concreto, de los principios de igualdad y de culpabilidad, trato penal diferente en el delito de maltrato familiar ocasional.

constituyendo un fenómeno sin precedentes en nuestro sistema jurídico.

Así, se ha planteado la duda de constitucionalidad en cuanto al primer inciso del artículo 153 del Código Penal, cuando hace referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión que constituye uno de los términos de la alternativa y de la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, como los efectos reflejos correspondientes descritos en cuanto a la agravación del párrafo 3º del mismo artículo, a la atenuación del último párrafo y al régimen de alternativas a la ejecución de las penas privativas de libertad. No se ha cuestionado la agravación referente a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Se ha planteado la posible infracción del artículo 14 de la Constitución, señalando que el derecho a la igualdad que consagra se ve conculcado en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos activo y pasivo en el precepto, recordándose que el artículo 14 impide, en principio, considerar el sexo como criterio de diferenciación, fundamentando en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en sentencias 28/1992 de 9 de marzo, 76/1990 de 26 de abril, reproducidos en sentencia 253/2004 de 22 de diciembre, que, sintetizando, considera que no toda desigualdad de trato supone infracción del artículo 14, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, dicho principio no prohíbe a la ley cualquier desigualdad de trato, sino aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; además para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que el fin perseguido lo sea, sino que es indispensable que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de tal manera que superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados gravosos o desmedidos (F. J. 5º).

Sentado esto, se constata la diferencia de trato, tanto en relación con la pena imponible como con el sistema de alternativas a la pena privativa de libertad, valorándose la justificación de la diferencia partiendo de la doctrina de la "acción positiva" o derecho desigual igualatorio, remedio corrector de pasadas injusticias recaídas sobre grupos determinados, llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a bienes diversos, como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones con la finalidad de procurar una distribución proporcionada de aquellos bienes. Así, el poder legislativo español habría realizado una decidida apuesta por la acción positiva dirigida a las mujeres como víctimas de la violencia de género, pero circunscrita a la sufrida en el seno de la relación matrimonial o asimilada, actual o pasada, aún sin convivencia en todo acto de violencia física o psíquica, endureciéndose las medidas penales en atención a la diferenciación

sexual de los sujetos del delito, entendiéndose por quienes plantean la cuestión que este endurecimiento no tendría carácter de "acción positiva", y para ello se basan en el informe del Consejo General del Poder Judicial respecto del Anteproyecto de la actual LO1/2004, que rechaza las medidas de acción positiva en ámbitos como el penal, en los que no exista un desequilibrio previo y no exista escasez de los bienes a los que acceden las mujeres. Tampoco, estiman, que sería de recibo la caracterización de esta tipificación como fórmula de "reparación o compensación" colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como representante o "heredero del grupo opresor" lo que chocaría frontalmente con el principio de culpabilidad que rige el Derecho Penal. Se cuestiona la introducción de medidas positivas en un ámbito como el penal, ajeno a aquéllos en que se ha venido desarrollando la acción positiva, como en el laboral, educativo o de representación política, y se pone en duda la legitimidad con la que se pretende revestir a estas medidas penales, insólitas en el Derecho comparado, dado que sólo se contemplan en el ámbito europeo, en las legislaciones de España y Suecia. Concluyéndose que al establecer una distinción por sexo en sede penal se comprometería injustificadamente el principio de igualdad y, eventualmente, los derechos a la presunción de inocencia y la dignidad de la persona. Además, añaden que el poder legislativo ha incorporado una extensión de la responsabilidad de grupo al concreto individuo juzgado, recuperando el Derecho Penal de *autoría*, dada la pertenencia del sujeto concreto al grupo identificado como opresor, con independencia de que el mismo realice o no la conducta "opresora" o discriminatoria, sin exigir que esa conducta concreta cometida por él, con nombre y apellidos y no por "un hombre" se revele discriminatoria<sup>45</sup>.

Planteadas las diversas cuestiones de constitucionalidad en parecidos o similares términos a los ya expuestos, las mismas nos sitúan ante dos dudas centrales de constitucionalidad: si estamos ante un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, que sería por ello contrario al artículo 14 CE, y si existe una presunción contraria al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación. En la resolución de estas dudas por el Tribunal Constitucional se han dictado diversas sentencias, siendo la que establece la interpretación básica para su resolución de Sentencia n. ° 59/2008 del Pleno de dicho órgano, de fecha 17 de julio de 2008, a cuyos fundamentos se remiten otras tales como las n. ° 80/2008, 82/2008, 95/2008, 96/2008, entre otras. Resumiendo la doctrina emanada de tales resoluciones, se puede establecer que se toma como punto de partida la exclusividad del Parlamento para el diseño de la política criminal y la amplia libertad de que goza para el mismo por lo que el juicio de constitucionalidad no lo es de eficacia o de bondad. Así, según el Tribunal Constitucional, solo le compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa, siendo en este caso los propios del principio general de

<sup>45</sup> Estas alegaciones son las vertidas por la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal n. ° 4 de Murcia en auto de fecha 29 de julio de 2005 promoviendo cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el artículo 153.1 del Código Penal, que fue tramitado como Cuestión de Inconstitucionalidad n. ° 5939/2005 por el Tribunal Constitucional y resuelto por Sentencia n. ° 59/2008, de 14 de mayo.

igualdad y no los de la prohibición de discriminación por razón de sexo de los sujetos activo y pasivo. Así, la diferenciación normativa la sustenta el poder legislativo en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada<sup>46</sup>.

Así, el análisis de razonabilidad de la diferenciación ha de comenzar por el de la legitimidad del fin de la norma, que se constata ya en la Exposición de Motivos de la Ley que "tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado" (STC citada, F. J. 8º).

El segundo análisis de razonabilidad de la diferenciación se refiere a su funcionalidad para la legítima finalidad perseguida, que se producirá si resulta a su vez razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quien es o fue su mujer que en cualesquiera otras en el ámbito de la relación de quienes son o fueron pareja afectiva, y que, más en general, en cualesquiera otras en el ámbito de las relaciones familiares y de guarda y custodia en centros públicos o privados, afirmando que "no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un mayor daño en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural (desigualdad en el ámbito de la pareja) generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto.

Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. 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 otra persona merece" (STC citada, F. J. 9º a).

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 59/2008, de 14 de mayo, F. J. 7º.

Por tanto, no se trata, según el intérprete constitucional, de una discriminación por razón de sexo, dado que no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que quien legisla toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. 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, pues, de una mayor sanción de hechos más graves, que quien legisla considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad (STC citada, F. J. 9º c). La protección es de la libertad y de la integridad física y moral de las mujeres respecto a un tipo de agresiones, de las de sus parejas o ex parejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja (STC citada, F. J. 11 aptdo. 1º).

Se trata de que el poder legislativo 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, al entender el legislador, como fundamento de su intervención penal, que las mismas se insertan en ciertos parámetros de desigualdad tan arraigados como generadores de graves consecuencias, con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima (STC citada, F. J. 11 aptdo. 2º).

Que en los casos cuestionados que tipifica el artículo 153.1 del Código Penal se 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 aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción (STC citada, F. J. 11 b).

Concluye pues el Tribunal Constitucional que, la diferenciación introducida es razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el órgano legislador penal, que, por las limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas al constatare una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, que toma en cuenta su significado social objetivo y su lesividad peculiar para la seguridad, la libertad y la dignidad de las mujeres. Como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, tampoco aprecia el Tribunal vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad (STC citada, F. J. 12).

En este sentido, cabe señalar como por la Fiscalía General del Estado en instrucciones

dadas a las personas integrantes del Ministerio Fiscal en fecha 10 de octubre de 2005<sup>47</sup> apuntaba la idea de que, tal como ya se establecía por la Circular 4/2005 de dicha Fiscalía, la reforma llevada a cabo en los tipos penales por la LO 1/2004, no se atisbaba tacha alguna de inconstitucionalidad en la nueva orientación político-criminal que lo fundamenta; y ello es así porque los preceptos debatidos han de analizarse desde la óptica de los bienes jurídicos protegidos por la norma y de los fines meditados e inmediatos de protección de la misma. Y en este sentido, ni los bienes jurídicos protegidos por la norma cuestionada, ni los fines de protección de las mismas, están constitucionalmente proscritos, ni son socialmente irrelevantes.

Así, según el criterio sentado por la referida instrucción, el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad física o psíquica, ya que la violencia contra las mujeres en el seno de la pareja degrada los valores en que han de apoyarse las relaciones afectivas y viola y menoscaba derechos constitucionales, de modo que el tratamiento penal diferenciado por razón de sexo pretende captar la totalidad del contenido del injusto, reforzando la convivencia en condiciones de igualdad, seguridad y libertad.

En segundo lugar, la finalidad de protección de la norma es conseguir la erradicación de la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja y la mejor protección de las víctimas, mediante un fortalecimiento del marco penal vigente que posibilite reacciones penológicas que coadyuven a atajar los comportamientos violentos en el seno de la pareja desde sus primeras manifestaciones, ante la percepción de la ineficacia de la respuesta punitiva existente para evitar su reiteración y agravamiento, con la consiguiente desprotección de las víctimas.

Y en este caso la causa justificativa viene de la mano de una realidad social que pone de manifiesto cómo la violencia de los hombre contra las mujeres en el ámbito de la pareja, a diferencia del supuesto contrario, constituye un problema de primera magnitud en nuestro país que reclama políticas de igualdad que corrijan esa relación asimétrica de dominio de los hombres sobre sus parejas femeninas, con entidad cuantitativa y cualitativa que justifica un tratamiento específico y diferenciado a otros fenómenos violentos. Además, concluye la Fiscalía que los tipos privilegiados introducidos por la nueva regulación constituyen un instrumento de indudable trascendencia para adecuar la proporcionalidad de la sanción al caso concreto, y que también se agravan las penas cuando estos hechos los comete cualquier miembro de la unidad familiar contra personas especialmente vulnerables.

---

<sup>47</sup> Instrucción del Fiscal General del Estado, de fecha 10 de octubre de 2005, pp. 2-5.

## **5.- NUEVOS TIPOS PENALES INTRODUCIDOS POR LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO.**

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, teniendo en cuenta el hecho, ciertamente incuestionable de que la violencia se dirige en la gran mayoría de casos sobre las mujeres, ha ofrecido una respuesta global y multidisciplinar a este fenómeno, de manera que la Ley abarca:

- Tanto aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas.
- Como aspectos relativos a la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde se producen las agresiones.
- Así como también aspectos relacionados con la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que la Ley regula.

Básicamente, las normas penales de naturaleza sustantiva que introduce dicha Ley suponen:

- Un endurecimiento en cuanto a los requisitos necesarios para obtener la suspensión y sustitución de la pena, afectando, pues, a los artículos 83, 84 y 88 del Código Penal<sup>48</sup>.
- Un agravamiento de los tipos penales de lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones, así como del quebrantamiento de condena, “cuando el delito es expresión de la violencia de género”.

En el orden penitenciario se establece un mandato dirigido a la Administración penitenciaria para que realice “programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género”<sup>49</sup>.

La nueva regulación introduce en el Código Penal nuevos tipos delictivos y figuras agravadas, pero también tipos privilegiados que permiten atemperar el rigor punitivo de forma proporcionada a las circunstancias personales del autor y a las circunstancias concurrentes en la realización del hecho.

---

<sup>48</sup> El artículo 83 se refiere a las condiciones legalmente exigidas para poderse acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad; el artículo 84 a los supuestos de revocación de la suspensión de la pena por incumplimiento de las obligaciones o deberes impuestos por el Juez o Tribunal para dicha suspensión; y el artículo 88 regula la sustitución de las penas privativas de libertad.

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión trata, en especial, JAEN VALLEJO, Manuel en “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género (Alcance de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en materia de suspensión y sustitución de penas, y quebrantamiento de condena)”, en Luis Rodríguez Ramos (comp.): *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de Género*, Editorial Colex, Madrid 2005, pp. 63- 74.

## A. El nuevo artículo 153 del Código Penal.

La LO 1/2004 da una nueva redacción al artículo 153 del Código Penal, emancipando del tipo básico común el maltrato constitutivo de violencia de género y el asimilado, con el fin de atribuirles una mayor penalidad. Al propio tiempo el delito de amenazas leves con armas a los sujetos pasivos descritos en el artículo 173.2 del Código Penal se traslada al artículo 171.4 y 5 mejorando de este modo su ubicación sistemática.

### 1) La nueva figura agravada de maltrato doméstico del apartado 1º:

*“1.El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...”*

La conducta típica consiste en “causar por cualquier medio o procedimiento menoscabo psíquico o una lesión no definida en el Código Penal como delito, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión”. Se mantiene por tanto la redacción anterior a excepción de las amenazas leves con armas que se trasladan a los delitos contra la libertad.

En relación con los sujetos activo y pasivo del tipo, es preciso diferenciar los dos supuestos incriminados en este apartado:

a) cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia... Los términos contrapuestos utilizados por la ley en la descripción del ámbito subjetivo: “ofendida”, en femenino, para el sujeto pasivo y “él”, en masculino, para el sujeto activo, determina que en este apartado, sujeto activo sólo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquél ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aún sin convivencia.

b).- cuando la ofendida sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. El concepto “persona especialmente vulnerable” no viene definido en el texto legal, ni siquiera es aludido en la Exposición de Motivos. Atendiendo a una interpretación literal según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “vulnerable”, procedente del latín *vulnerabilis*, significa “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

Su ámbito de aplicación, en cualquier caso, no debe ser confundido con el referido a descendientes, menores o incapaces que se describen en el artículo 87 *ter* 1 a) LOPJ al definir la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, aunque no cabe duda de que, en determinadas situaciones, pueden coincidir ambas circunstancias. A diferencia de lo que ocurre en el apartado anterior, este grupo de sujetos no viene condicionado ni por razón de sexo ni por una

relación especial de parentesco o afectividad con el agresor. Por tanto, sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta descrita en el precepto, pueden serlo tanto los hombres como las mujeres<sup>50</sup>. La única exigencia que la norma penal establece es la nota de la convivencia con el autor, al margen de la relación que exista con él. Por convivencia deberá entenderse tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente, como por ejemplo la derivada del régimen de visitas o custodia compartida de hijos e hijas menores de edad o de la estancia temporal de familiares de edad avanzada en casa de los hijos e hijas, entre otros supuestos.

## 2) Tipo básico: apartado 2º:

*“2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo...”*

Esta norma contiene el tipo básico de maltrato familiar y conserva en parte la antigua redacción del artículo 153, manteniendo las penas en idénticos términos. La novedad estriba, por una parte, en la exclusión del círculo de sujetos pasivos de este apartado de las mujeres víctimas de violencia causada por hombres a los que les une, o ha unido, una relación afectiva de pareja y de las personas especialmente vulnerables que convivan con el agresor y, por otra, en la reducción del ámbito objetivo de aplicación de la norma al quedar fuera las amenazas leves con armas y otros instrumentos peligrosos.

## 3) Agravaciones específicas: apartado 3º:

*“3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”*

El apartado tercero contiene diversas agravaciones penológicas que son de aplicación tanto al tipo básico común del apartado segundo como al nuevo tipo agravado del apartado primero del artículo 153. Basta que concurra una sola de tales circunstancias para la apreciación de la agravación como se desprende de la redacción en forma alternativa de las distintas modalidades agravatorias. Es preciso recordar igualmente que del empleo en plural del término «menores» para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de una sola persona menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varias quienes la presencien.

## 4) Tipo privilegiado: apartado 4º:

*“4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la*

<sup>50</sup> Posibilidad de comisión delictiva tanto por hombres como por mujeres a la que se le ha reprochado que desvirtúa el carácter del precepto como protector de las mujeres frente a los actos de violencia cometidos por hombres con los que tengan o hayan mantenido relaciones de pareja.

*pena inferior en grado”.*

La introducción de una cláusula atenuatoria específica, desconocida hasta ahora en la regulación de la violencia doméstica responde a razonables exigencias de los principios de proporcionalidad y culpabilidad habida cuenta de la singularidad de la reforma y de la materia a regular.

#### B. Los nuevos tipos cualificados de lesiones del artículo 148 del Código Penal

El artículo 36 de la LO 1/2004 incorpora nuevas agravantes específicas respecto a las lesiones del artículo 147.1 del Código Penal, añadiendo la alevosía junto al ensañamiento en el número segundo e introduciendo dos nuevos ordinales en el artículo 148 del Código Penal:

*“2º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.*

*4º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

*5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.*

#### C. La nueva regulación del delito de amenazas

La sistemática seguida por la ley a la hora de reformar el artículo 171 del Código Penal es exactamente idéntica a la que emplea al modificar el artículo 153, pues incorpora tres apartados, numerados como 4, 5 y 6 que reproducen los homólogos del delito de maltrato simple. Los nuevos apartados del artículo 171 disponen:

*“4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia... Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.*

*5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, ...*

*6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.”*

#### D. La nueva regulación del delito de coacciones

Dispone el artículo 172 de Código Penal:

*2. “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado...”*

*Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva*

con el autor.

*Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

*No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.*

#### E. La falta de vejaciones leves.

Como consecuencia de los cambios que la nueva ley introduce respecto de los delitos de malos tratos, amenazas y coacciones, la falta de vejaciones leves regulada por el artículo 620 del Código Penal resulta igualmente sujeta a modificaciones.

Así, en opinión de José Núñez Fernández y de M.<sup>a</sup> Teresa Requejo Naveros<sup>51</sup>, el mencionado precepto ve mermado su contenido como consecuencia de la conversión de falta a delito de las amenazas leves con y sin utilización de armas u otros instrumentos peligrosos, así como de las coacciones leves (artículos 171 apartados 4, 5 y 6, y 172 apartado 2), ya que de su ámbito de aplicación se excluyen los supuestos en que la persona ofendida mantiene o hay mantenido una relación matrimonial o de análoga de afectividad a aquella con el agresor, aun sin convivencia, o sea persona especialmente vulnerable que conviva con la persona agresora.

En consecuencia, la falta de vejaciones leves del artículo 620 tras la reforma, queda redactada en los términos:

*“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:*

- 1. Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*
- 2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.*

*Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

*En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no*

---

<sup>51</sup> NUÑEZ FERNANDEZ, José y REQUEJO NEVEROS, M.<sup>a</sup> Teresa. “Lesiones, Malos tratos, amenazas y coacciones...”, *op. cit.* p. 115.

*será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.”*

A tenor de lo expuesto cabe destacar que los cambios experimentados por el artículo 620 del Código Penal, tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, no se limitan a una reducción de su contenido por la conversión en delito de las amenazas y de las coacciones leves en determinadas circunstancias, sino que la reforma afecta también a la pena a imponer cuando la ofendida es alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, esto es, cuando esa persona sea o haya sido su cónyuge o esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre descendientes, ascendientes o hermanas y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o de la cónyuge o conviviente, o sobre menores o incapaces que con él convivan o que se hallen bajo la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la cónyuge o conviviente, o persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, la pena a imponer no es ya una sanción económica, sino una pena de localización permanente, o bien a la resocialización, como sucede con los trabajos en beneficio de la comunidad, en la confianza en que medidas de esta naturaleza resulten de mayor eficacia en el ámbito de la violencia doméstica donde quedan ubicadas las faltas a que se refiere el apartado 2º del artículo 620.

Además, en estos casos, salvo lo que respecta a la injuria leve, no es de aplicación la condición objetiva de perseguibilidad que se traduce en la necesidad de interposición de denuncia para la persecución de los injustos que recoge dicho artículo 620, lo cual en opinión de José Núñez Fernández y de M.<sup>a</sup> Teresa Requejo Naveros<sup>52</sup>, probablemente responda a que en el momento presente existe un interés público en perseguir y castigar toda forma de violencia doméstica por leve que ésta sea, para lo cual es necesario que tales menesteres no dependan exclusivamente de la voluntad de la persona ofendida.

## **6.- DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: VIOLENCIA DE GENERO (O MACHISTA) Y VIOLENCIA DOMESTICA.**

Desde que la violencia contra las mujeres saliera del ámbito privado para convertirse en un asunto de interés público ampliamente difundido por los medios de comunicación, la legislación enfocó el problema a partir de su calificación como un caso más de maltrato familiar<sup>53</sup>. Así lo expresó con toda claridad con motivo de la inclusión del primer delito de violencia habitual en el

<sup>52</sup> NUÑEZ FERNANDEZ, José y REQUEJO NEVEROS, M. <sup>a</sup> Teresa. “Lesiones, Malos tratos, amenazas y coacciones...”, *op. cit.*, p. 116.

<sup>53</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. “El modelo de protección reforzada de la mujer...”, *op. cit.*, p. 91.

año 1989, al justificar la nueva figura como un instrumento destinado a proteger “a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”<sup>54</sup>.

A partir de ahí, y con el apoyo que supuso la ampliación del círculo de sujetos pasivos a través de las diversas reformas del delito de violencia doméstica, la jurisprudencia fue consolidando una doctrina que definitivamente sitúa el motivo de la tutela penal reforzada en la necesidad de proteger la dignidad de las personas que forman parte del núcleo de la vida doméstica (o situaciones asimiladas) y sobre todo, dar protección a la familia como institución reconocida y amparada por nuestro ordenamiento constitucional (artículo 39 de la Constitución)<sup>55</sup>. Algunos sectores han llegado incluso a convertir la “unidad familiar” en el sujeto pasivo del delito de violencia habitual, configurando una especie de bien jurídico supraindividual que quedaría vinculado a los deberes jurídicos de protección y asistencia mutua que surgen de las relaciones familiares.

En esa línea iba la propuesta que en el año 2002 formulaba el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Granada, Lorenzo Morillas Cuevas, de una efectiva ampliación del círculo de sujetos protegidos, que iría desde la sustitución de la mención de “persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad” por la de “persona que esté o haya estado ligada a él por un relación estable de pareja”, con la idea de integrar tanto las relaciones de heterosexuales como homosexuales, a la imprescindible inclusión de hermanos y descendientes, y hasta el empleo de la fórmula genérica de “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”<sup>56</sup>.

De esta manera un delito que se creó al hilo de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema contra las mujeres, nació claramente desenfocado apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que a las auténticas causas que la generan. Así, las causas de la violencia se buscaban en la propia naturaleza de las relaciones familiares, cuyas características de subordinación y dependencia vendrían a favorecer una posición de dominio de ciertos miembros del grupo familiar sobre el resto y la correlativa indefensión de éste último grupo.

<sup>54</sup> Exposición de Motivos de la LO 3/1989, que modificó el artículo 425 del Código Penal anterior, incluyendo el delito de maltrato físico habitual contra el conviviente, hijos u otros menores o incapaces sometidos a tutela o guarda de hecho del agresor o agresora.

<sup>55</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en Fernando Pérez Álvarez (comp.): SERTA. *In memoriam Alexandro Baratta*. Editorial Aquilafuente, 67. Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 834 y ss.

<sup>56</sup> MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho Penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (04-09-2002), <<http://criminet.ugr.es/recpc-04-09.html>>, p.9 [Consulta: 10 de agosto de 2012].

Según Patricia Laurenzo, la causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales, esto es, de la propia estructura social fundada todavía sobre las bases del dominio patriarcal, aun cuando sea el ámbito doméstico donde con mayor frecuencia se manifieste este tipo de violencia, habida cuenta de que es precisamente en este ámbito donde adquieren más intensidad las relaciones entre mujeres y hombres. Para esta autora, eso no significa que la familia sea la causa de la violencia de género, dado que las agresiones sexuales fuera de ese círculo o el acoso laboral son manifestaciones de violencia de género pero nada tiene que ver con el contexto familiar<sup>57</sup>. Sin embargo, se da la paradoja de que quien menos encaja en esa perspectiva protectora centrada en las relaciones familiares son la mujeres, ya que en su caso, y al menos en teoría, no hay razones jurídicas que la releguen a una posición de dependencia o subordinación en el contexto doméstico, por esta razón, dice Patricia Laurenzo, que es el agresor quien hace a las mujeres vulnerables a través del ejercicio de la violencia, y que la vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni a sus condiciones jurídicas, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por los hombres para mantenerlas bajo su control absoluto<sup>58</sup>.

En la explicación del delito de violencia doméstica, como ha expuesto Elena Larrauri Pijoan<sup>59</sup>, se han superado mayoritariamente las versiones iniciales que partían de un hombre que agredía porque era enfermo, alcohólico o patológico, poniendo el énfasis en la personalidad del agresor, desconociendo la responsabilidad de un contexto social y cultural. De tal manera, para la autora resulta difícil creer en la irresponsabilidad del hombre cuando parece empíricamente constatado que hay un grupo de hombres que sólo son violentos contra su pareja, pero globalmente exhiben un control y racionalidad envidiables, explicando su conducta agresiva contra su pareja en que es la vía para conseguir unas determinadas prestaciones a las que creen tener derecho, mantener la posesión de la que consideran “su mujer” o el control del dinero, constituyendo una cierta forma de “violencia instrumental”, aspiraciones que, en opinión de la autora, encontraban un asidero legal, y no hay sino que recordar las normas civiles que regulaban la subordinación y el deber de obediencia de la mujer al esposo y las normas penales que daban trato privilegiado al marido que ejerciese violencia física o sexual sobre su mujer, y que han estado vigentes hasta no hace tantos años como hubiera sido deseable.

En ese contexto, la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la

<sup>57</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. “El modelo de protección reforzada de la mujer...”, *op. cit.*, p. 94.

<sup>58</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. “La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (07-08-2005), <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>, p. 08:4 [Consulta: 10 de agosto de 2012].

<sup>59</sup> LARRAURI PIJOAN, Elena. “*Criminología crítica y violencia de género*”. Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 17 y ss.

Violencia de Género, ha dado un paso sustancial a fin de reconducir este proceso al delimitar con claridad el tipo de violencia que se pretende combatir con la batería de medidas de carácter educativo, asistencial, laboral, penal y procesal que contiene, con la finalidad de circunscribir su objeto a la violencia que sufren las mujeres “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (artículo 1.1).

Así, la intervención penal en esta materia, y tras las modificaciones que la Ley Orgánica 1/2004 introduce en el Código Penal, se estructura alrededor de tres círculos de protección, que son:

1º.- El círculo de la violencia doméstica, que es el más amplio y se configura a partir del artículo 173.2, referido a la violencia habitual, no ha sido modificado por la LO 1/2004, sino que su redacción se debe a la reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los inmigrantes, siendo el círculo de personas protegidas amplísimo<sup>60</sup>, incluyendo a no familiares que conviven con el autor y a sujetos especialmente vulnerables que sufren violencia habitual en los centros en que están acogidos. Por tanto, es una protección especial para convivientes, aunque no sean familiares, y con independencia del sexo de quien agrede y de la persona agredida.

2º.- El segundo círculo de las “personas especialmente vulnerables con las que convive el autor”<sup>61</sup>, círculo en que se incluyen personas que reúnen dos requisitos: 1) su especial vulnerabilidad, que debe probarse en cada caso, que no concurrirá automáticamente por el hecho de tratarse de una persona menor, anciana o enferma, sino que se requiere, además, que el autor haya aprovechado esa especial vulnerabilidad al cometer el delito; y 2) la convivencia con la autora o autor, “con independencia del sexo de la víctima y del autor”. Este círculo no coincide exactamente con la relación de personas que se contiene en el artículo 173.2 del Código Penal<sup>62</sup>, ya que en un caso se localizan estas personas en centros de cuidado idóneos para sus circunstancias, mientras que en el otro se trata de sujetos, también especialmente vulnerables, pero integrados en el ámbito de convivencia doméstica o familiar que comparten con el autor de la violencia<sup>63</sup>. De tal modo que la especial vulnerabilidad de la víctima con la que se convive aparece en la LO 1/2004 como motivo

<sup>60</sup> “.. quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados...”.

<sup>61</sup> Artículo 153.1 del Código Penal, en su redacción dada por la LO 1/2004.

<sup>62</sup> Ver nota 61.

<sup>63</sup> El Código Penal ya se refería a las personas especialmente vulnerables, “por razón de su edad, enfermedad o situación”, sin exigirse la convivencia, como circunstancia de agravación de las agresiones y abusos sexuales, en sus artículos 180 y 182.

de agravación de las consecuencias penales junto con la relación matrimonial o análoga, existente o pasada, aún sin convivencia, aunque no operan igual en uno y otro caso.

3º.- El círculo de la violencia de género, de las que “son o han sido esposas o compañeras, aun sin convivencia”<sup>64</sup>. En este círculo no se tiene en cuanto si la mujer es especialmente vulnerable o no y la convivencia no es requisito por cuanto que puede haber terminado o no la relación, o incluso no haber existido nunca la convivencia por tratarse de relaciones de noviazgo. De tal manera, la LO 1/2004, en opinión de Araceli Manjón-Cabeza<sup>65</sup>, pretende introducir en la legislación penal y en la determinación de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer<sup>66</sup> la perspectiva de género como algo distinto del ámbito doméstico y como algo distinto del sólo criterio del “sexo” de los sujetos, si bien, el órgano legislador no alcanza este deseo en su integridad ya que no ha sido capaz de construir un elemento del tipo que exprese la perspectiva de género de manera admisible en el Derecho Penal, aunque lo más destacable a efectos de novedad es que se refiere exclusivamente al sexo del autor y de la víctima y a la relación entre ambos actual o pasada.

Sin embargo, en relación al 2º y 3º círculos debe advertirse que no atraen hacia sí un idéntico rigor penal pues la respuesta penal más grave, respecto de la posible suspensión y sustitución de las penas, se genera ante el círculo de las mujeres y las agravaciones se aplican de forma automática, sin necesidad de probar una situación de inferioridad o de especial vulnerabilidad, ni se exija en cada caso la prueba de que el varón actúa movido por la intención de mantener una relación de dominación o de incurrir en la desigualdad o discriminación de la mujer, o de que su comportamiento sea manifestación de desigualdad, discriminación o relaciones de poder. Por el contrario, en el caso de las personas especialmente vulnerables deben darse tres condiciones: la vulnerabilidad efectiva, el aprovechamiento de la misma por parte de la persona autora del hecho ilícito, y la convivencia entre sujeto vulnerable y autora o autor de los hechos, sirviendo esta última condición de elemento que pretende subrayar la dependencia de la víctima respecto de la persona autora, además, de la exigencia de tales condiciones y de su descripción legal, se deriva que las mujeres pueden ser también autoras de estos delitos agravados por la especial vulnerabilidad de la víctima, y los hombres en quienes concurra esta circunstancia ser sujetos pasivos del delito, por lo que tal círculo de protección, y a pesar de su ubicación legal, nada tiene que ver con la violencia de género.

Por tanto, para Araceli Manjón-Cabeza, la LO 1/2004 parece haber incurrido en una contradicción, la ley quiere incidir no sobre cualquier violencia, sino sobre las que se presentan

---

<sup>64</sup> Ver nota 47.

<sup>65</sup> MANJON- CABEZA OLMEDA, Araceli. “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal...”, *op. cit.*, pp. 14-17.

<sup>66</sup> Esto es, respecto de las normas de índole orgánica de Juzgados y Tribunales (LOPJ) y de índole procesal (LECRi).

como manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y, sin embargo, los nuevos tipos penales no exigen como elemento típico, cuya concurrencia debe probarse en cada caso, que la violencia sea manifestación de esa discriminación, desigualdad y relaciones de poder. Además, para la autora, los actos de violencia de género que LO 1/2004 lleva al Código Penal no son todos los tipos de manifestaciones de esta violencia, sino tan sólo la que ejercen por razón de género quienes son o hayan sido maridos o compañeros contra sus esposas o compañeras, quedando fuera del ámbito de los nuevos tipos penales la violencia que aun cuando la víctima sea una mujer, no fuere o hubiere sido, esposa o compañera sentimental del autor.

Pero, además, hay otro reproche que hace la autora a la regulación introducida por la LO 1/2004, y es que estando encaminada la ley a castigar más gravemente la violencia de género, aunque no sea toda, no se refiere sólo la violencia de género ya que, también lo hace a la violencia ejercida sobre las personas especialmente vulnerables que conviven con el autor; y que fue incluida en la tramitación parlamentaria, y que no ha servido para salvar los reproches que se le hacen a las reformas penales introducidas por la LO 1/2004, y que además desenfocan el problema que originariamente se quería afrontar por la misma, dejando dentro de la ley una cuestión ajena a su finalidad, expresada en su artículo 1.1<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> MANJON-CABEZA OLMEDA, Araceli. “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal...”, *op. cit.*, p. 18.

## **II.- ENTORNO RELACIONAL Y SUBJETIVO EN QUE SUCEDEN LOS ACTOS CONSTITUTIVOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO TIPIFICADA COMO INFRACCION PENAL EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL. VICTIMAS Y AUTORES: CUESTIONES Y PROBLEMATICAS.**

### **1.- MARCO RELACIONAL Y SUBJETIVO EN QUE SURJEN LOS ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**

Como ya se indicaba en el capítulo precedente, la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género constituye un punto de inflexión en la regulación de la violencia en el ámbito de las relaciones afectivas en nuestro país, al decantarse por el tratamiento específico y exclusivo de la violencia que se ejerce sobre las mujeres en las relaciones de pareja o ex pareja, al margen de las manifestaciones de violencia doméstica. Así, como ya se ha reflejado anteriormente, el artículo 1, dedicado al objeto de la Ley, al establecer el objeto al que se refiere dicha norma establece que *“tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, 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.”*<sup>68</sup>

Así, a tenor de lo expuesto, se puede concluir que el marco relacional donde se producen los actos de violencia que ejercen los hombres sobre las mujeres, según la enunciación legal, es el existente con ocasión de una relación afectiva de pareja donde se producen los actos de poder y superioridad frente a éstas, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad de los agresores.

La violencia que se produce durante o después de una relación afectiva por quienes son o han sido parejas de las mujeres víctimas, tiene las siguientes características<sup>69</sup>:

- 1) Violencia estructural. Es un tipo de violencia sistémica, no personal que deriva de desigualdades e injusticias, puesto que presupone un acceso diferencial a los recursos y a los beneficios, una marginación en las tomas de decisiones, falta de cobertura de las necesidades humanas, una degradación de la calidad de vida, y, en definitiva, una traba a la potencialidad efectiva de los seres humanos.
- 2) Violencia cultural. Se basa en todas las facetas culturales, costumbres, hábitos, prácticas educacionales, etc., que de una forma u otra apoyan o justifican prácticas de algún tipo de violencia. Es decir, todo lo que desde la cultura legitime o promueva la violencia.

<sup>68</sup> Numeral 1º del artículo 1 de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que viene a concretar qué situaciones son las contempladas, no abarcando todas las situaciones de violencia ejercida contra las mujeres por ser tales, sino por la cualidad de pareja o ex pareja.

<sup>69</sup> Según informe emitido por la Unidad de Valoración Forense Integral de Vizcaya [La experiencia de un año de funcionamiento, Guillermo Portero Lazcano], pp. 3 y 4.

- 3) Violencia asimétrica. Es aquella que deriva de la existencia de un distinto plano de igualdad. El que ejerce la violencia está en un plano superior.
- 4) Violencia instrumental. Por cuanto que esta violencia sirve como instrumento para conseguir unos objetivos específicos. En este caso para mantener la asimetría en el poder. Si así se consigue, lo cual es frecuente en un alto porcentaje de casos, la violencia instrumental se refuerza con el objetivo conseguido, el sometimiento de las mujeres.
- 5) Violencia continuada. Aunque existen episodios únicos de violencia contra las mujeres, lo más habitual es que se trate de una violencia habitual, extendiéndose durante años.
- 6) Violencia con poli-formato. Lo más frecuente es que coexistan distintos tipos de violencia: física, psíquica, sexual, económica, ambiental, etc.
- 7) Violencia con mensajes contradictorios. En muchos casos es una violencia que alterna con períodos de promesas de cambio por parte del maltratador y con períodos de buen trato (ciclo de la violencia).
- 8) Violencia progresiva. En muchos casos es una violencia “*in crescendo*” (no siempre) pasando de comportamientos violentos más o menos explícitos a otros claramente explícitos y de gravedad creciente.
- 9) Violencia extendida. En algunos casos es una violencia que se extiende a otros miembros del ámbito familiar, principalmente a las hijas e hijos, o incluso a los animales domésticos propiedad de las víctimas o a las que éstas profesan especial cariño o afecto. Estos (descendientes o animales domésticos) pueden ser víctimas directas siendo objeto de comportamientos violentos de cualquier índole, pero aún más habitual es que las niñas y los niños sean víctimas “indirectas”, es decir, testigos de la violencia.
- 10) Violencia no vinculada a causas concretas. En muchos casos este tipo de violencias no responde a causas específicas. En muchas ocasiones el maltratador las justifica alegando cierta causa y quizás al día siguiente alegue causas opuestas a las anteriores. Esto produce efectos de perplejidad y confusión en las víctimas que acaba en indefensión.
- 11) Violencia infligida por personas que se supone mantienen una relación afectiva de cariño, amor, etc., con sus víctimas.

Según el informe de la Unidad de Valoración Forense Integral (UVFI) elaborado por el Forense Guillermo Portero Lazcano, las tres primeras características de la violencia producida en el ámbito de las relaciones afectivas de pareja o ex pareja, ya enunciadas, están íntimamente relacionadas, derivando todos ellos de una desigualdad entre hombres y mujeres que ha existido en todas las épocas y culturas, por la prevalencia absoluta del patriarcado<sup>70</sup>. Esta desigualdad o asimetría se ha ido introyectando en las sociedades formando parte de su estructura. Por otro lado, se ha ido transmitiendo y afianzando generación tras generación formando parte de una cultura explícita o implícita legitimadora de la violencia.

---

<sup>70</sup> El aludido informe de la UVFI sigue en este punto las construcciones teóricas de Marvin Harris, antropólogo estadounidense conocido por ser el creador y figura principal del materialismo cultural (corriente teórica que trata de explicar las diferentes similitudes socioculturales dando prioridad a las condiciones materiales de la existencia humana), sobre la prevalencia del patriarcado, y la desigualdad entre hombres y mujeres en todas las épocas y culturas.

Una característica del discurso sobre la violencia de género ha sido el intento de justificar teóricamente la opción que la LO 1/2004 ha realizado de dirigirse sólo a las mujeres pareja<sup>71</sup>, lo cual ha supuesto que los ataques contra éstas sean castigados con más pena que los realizados contra otras mujeres pertenecientes al núcleo familiar (como hermanas, madres o hijas), lo cual ha conllevado que los Juzgados de Violencia contra la Mujer conozcan sólo casos en los que las víctimas son las mujeres pareja y no cualesquiera otras mujeres de la familia<sup>72</sup>. De hecho, dos son las grandes pautas que definen el nuevo modelo de intervención punitiva en la LO 1/2004: por un lado, la decisión de crear una tutela penal reforzada aplicable solo a las mujeres y, por otro, el incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal frente a la violencia de género<sup>73</sup>.

Estando conforme con las reflexiones de Elena Larrauri Pijoan<sup>74</sup>, de que son comprensibles los motivos de esta opción, y que de tal manera se reclame un abordaje específico de la violencia sobre las mujeres pareja, especialmente después de las sucesivas ampliaciones del tipo penal que se han producido en la LO 11/2003 de reforma del Código Penal y que llevaron a incluir en los delitos de violencia doméstica a “cualquier persona integrada en el núcleo de convivencia familiar” y a las personas ancianas desasistidas en una institución pública; pero hay que añadir que estas ampliaciones pueden ser interpretadas como un intento de neutralizar cualquier análisis crítico de las relaciones de desigualdad, avaladas social y culturalmente, imperantes en las relaciones de pareja, y con el propósito de minusvalorar que el problema social lo constituyen las mujeres maltratadas y no “cualquier persona integrada en el núcleo familiar”; y que, en definitiva, las agresiones en el seno de la familia tienen género.

Por otra parte, la afirmación recurrente de que las mujeres hijas y madres son víctimas de violencia familiar pero no de género está poco fundado, ya que si se analiza la violencia sobre descendientes, se observa que está íntimamente unida a la violencia sobre las mujeres, porque en ocasiones las agresiones sobre las hijas e hijos son una forma de controlar a las mujeres, y en otras ocasiones, las agresiones sobre hijas e hijos encubren las que están padeciendo las mujeres, y finalmente porque las mujeres pueden acabar siendo victimizadas por el sistema que les retira la patria potestad por no ser capaces de proteger adecuadamente a sus hijas o hijos, por lo que no resultan del todo visibles las ventajas de separar la violencia ejercida sobre las mujeres de la violencia ejercida sobre la descendencia, ni resulta convincente que socialmente sea más grave maltratar a las mujeres pareja que a sus hijas e hijos.

De tal manera, las perspectivas criminológicas tradicionales pueden ser acusadas de desconocer la variable de género, esto es, de situar la violencia familiar como si la distinta posición de las mujeres en la sociedad, referida a la distribución y el reconocimiento, no tuviera importancia alguna. Pero el discurso feminista oficial no debiera olvidar que la incorporación del género no

<sup>71</sup> Para defender esta idea se alude a que la cifra más elevada de víctimas de la violencia doméstica son mujeres pareja.

<sup>72</sup> Pero lo cierto es que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer pueden conocer los delitos que se cometan contra hijas e hijos “cuando también se haya producido un acto de violencia de género”, conforme al artículo 44.1 de la LO 1/2004 (delitos conexos).

<sup>73</sup> CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: “Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley Integral”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. EDITORIAL LA LEY, 2011, Madrid, p. 83

<sup>74</sup> Reflexiones que expone la autora en LARRAURI PIJOAN, Elena. “Criminología crítica...”, *op. cit.*, pp. 48-50.

puede ignorar el resto de factores que han demostrado una incidencia en la violencia de la pareja sobre las mujeres. Así, sería conveniente incorporar la tradición criminológica en un intento de entender la diversidad de situaciones que se agrupan bajo el problema de la violencia sobre las mujeres en las relaciones de pareja.

Para el Tribunal Constitucional tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que las Cortes entienden como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de las mujeres en dicho ámbito, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por las Cámaras Legislativas. La igualdad sustancial es “elemento definidor de la noción de ciudadanía”<sup>75</sup>, y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia de los varones hacia las mujeres que son o fueron sus parejas, no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar a la otra persona su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad<sup>76</sup>. Además, para el órgano intérprete constitucional la necesidad de esta protección la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctimas a las mujeres y por agentes a las personas que son o fueron su pareja. Esta frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal de las Cortes de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que puede procurar una elevación de la pena. Y es que las agresiones de los varones hacia las mujeres que son o fueron su pareja afectiva tiene una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. Dado que nos encontramos ante una agresión que supone un daño mayor en las víctimas, cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas, dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto.

Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para las víctimas: de un lado por lo que supone para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredidas; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva de los varones hacia las mujeres en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de las víctimas; y además para su dignidad, en cuanto negadora de la su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menoscabo que la identifica con un grupo menoscabado.

No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión de los varones hacia las mujeres que son o fueron su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de éstas; 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 las considera como inferiores, como seres con menores competencias, capacidad y derechos a los que cualquier

<sup>75</sup> STC 12/2008 de 29 de enero, F.J. 5º.

<sup>76</sup> STC 59/2008 de 14 de mayo, F.J. 8º.

persona merece (STC 59/2008, F.J. 9º).

Finalmente, la prevención de la violencia de género en la pareja requiere de un nuevo o de unos nuevos modelos amorosos, un concepto diferente de amor, un concepto diferente de la femineidad en el que las mujeres existan con necesidades y deseos propios, y un cambio en la masculinidad<sup>77</sup>, ya que, en la actualidad aparecen reflejados en la narrativa y audiovisuales, a grandes rasgos, tres tipos de modelos de mujeres en el marco de las relaciones de pareja: 1) las que denomina más tradicionales o que asumen el rol de género en un alto grado, abnegadas y sumisas; 2) las que cuestionan el rol de género, pero se encuentran atrapadas entre lo que quieren hacer y lo que se espera de ellas, generándoles conflicto, culpa y contradicciones en su conducta; y 3) otras que, en el ámbito público se comportan de forma masculina, no parecen tener vida privada pero cuando la tienen son abnegadas y sumisas en ella. Y es que si analizamos estas narrativas se puede detectar como en la relación amorosa las mujeres tienen diversos papeles como protectoras (madre), niñas (protegidas), pero nunca como Mujeres, esto es, como sujetos deseantes y no solo objetos (deseadas), como dueñas y señoras de sus propias vidas. Y es que el modelo de amor imperante constituye una herramienta fundamental de violencia simbólica para el mantenimiento y perpetuación de la desigualdad y por tanto de la violencia contra las mujeres.

## **2.- PERSONAS INTERVINIENTES EN LOS ACTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**

### **2.1.- LAS VÍCTIMAS: DELIMITACION LEGAL Y TÓPICOS SOBRE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO. IMPORTANCIA DE LA VOLUNTAD DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA DENUNCIA. LA ORDEN DE PROTECCION. PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA DISPENSA LEGAL DE DECLARAR CONTRA CONYUGES U OTROS PARIENTES (ART. 416 LECRIM) CON CONCRETA PROYECCION EN LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GENERO.**

#### **a) Delimitación legal, y tópicos sobre las víctimas de la violencia de género.**

Con carácter previo a entrar en el análisis de las víctimas, procede retrotraerse a la legislación penal precedente en la materia, de tal manera, el artículo 173.2 del Código Penal, introducido por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, al que se remite el artículo 153 del mismo código, menciona al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia...”<sup>78</sup>. Por tanto, el precepto ya nos está indicando quienes son las personas que van a soportar la acción del autor de los hechos. Además, ante la cuestión de si es necesario que exista o haya existido una “relación estable” entre víctima y autor, la respuesta debe ser negativa a la vista

<sup>77</sup> Así lo expresa la autora GONZALEZ GARCIA, M.ª Pilar: “Amor, Género y Violencia en la Pareja”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. EDITORIAL LA LEY, 2011, Madrid, pp. 59- 61.

<sup>78</sup> Además del resto de personas que integra el precepto, tales como descendientes, ascendientes o hermanas o hermanos propios o del cónyuge, personas sujetas a potestad, tutela o curatela, acogimiento o guarda de hecho, y restantes circunstancias que el precepto establece, pero que escapan al análisis que aquí se está efectuando.

de la redacción del precepto en la que desaparece la expresión “de forma estable” que recogía el artículo 153 en su redacción anterior dada por la LO 14/1999 de 14 de junio, por lo que en la actualidad quedan protegidas las mujeres que mantienen o han mantenido una relación de “noviazgo” aunque sea o haya sido más o menos pasajera. Tampoco es necesario que en la relación de pareja exista o haya existido “convivencia”, permitiendo la redacción del texto vigente la protección de las mujeres hayan convivido o no con el autor, siendo ésta una de las novedades introducidas por la reforma, ya que antes quedaba excluida la relación de noviazgo cuando ésta no se desarrollaba bajo el mismo techo. Lo que sí resulta evidente es la exclusión del ámbito protector del artículo 153.1 del Código Penal, de las personas que son o hayan sido pareja en una relación homosexual, hayan llegado a contraer matrimonio o hayan mantenido una relación de análoga afectividad<sup>79</sup>.

En lo que concierne a la conceptualización de las mujeres víctimas de la violencia de género, en sectores amplios dentro de las personas que actúan como operadoras jurídicas e incluso en algunos sectores de la Sociedad, han surgido diversos tópicos o catalogaciones respecto de éstas, sus características o las motivaciones que les impulsan al ejercicio de las acciones penales frente a sus agresores y que serían las siguientes<sup>80</sup> :

1º El de las Mujeres irracionales, que retiran la denuncia. Para muchos grupos involucrados directamente con las mujeres el problema prioritario no era el de la criminalización de los comportamientos, por ser conscientes de que las mujeres pareja tiene un vínculo emocional con los hombres con los que mantienen o mantenían la relación, de ahí que entendieran perfectamente que el emanciparse de estas personas es un proceso. Y para entender esto no es necesario patologizar a las mujeres, debiendo comprenderse que la violencia ejercida sobre las mujeres puede ser un proceso gradual en el cual se mezclan sentimientos contradictorios, pero socialmente muy arraigados, que producen una serie de efectos de aislamiento que dificulta aún más que las mujeres puedan decidirse a confiar más en personas extrañas a las que no conocen y que tienen una tendencia a juzgarlas inmediatamente. Pero precisamente porque la comprensión de que este proceso es lento y gradual, y sobre todo debe ser comprendido por las propias mujeres, es por lo que numerosas mujeres que trabajan en la práctica con mujeres víctimas de malos tratos no han sido nunca especialmente partidarias de que el sistema penal intervenga. Y ello derivado de que las necesidades de las mujeres que han sido víctimas de malos tratos son globalmente consideradas de muy difícil resolución por el sistema penal, por cuanto que las mujeres que acuden a una institución pública inician un proceso que puede concluir en el sistema penal, sistema que no está pensado para resolver problemáticas amplias, sino que opera de acuerdo a sus propias reglas y principios, lo que, a veces, conlleva que se “impacienten” con estas mujeres que acuden a esta vía penal en busca de una resolución a sus problemas pero que no entienden (quizás por falta de información) y no aceptan operar bajo los dictados del sistema penal. De este modo se está consiguiendo, que en pocos delitos está hoy la víctima tan bajo sospecha como en el delito de violencia de género, y que, además, estos discursos, para todos aquellos que estén un poco atentos, se filtran a la sociedad y

<sup>79</sup> Lo que resulta evidente es que sí quedan incluidas estas personas en el ámbito protector del artículo 173.2, al dar el legislador relevancia al aspecto de que en estas relaciones existe un proyecto de vida en común, que puede darse en personas del mismo sexo con la misma o mayor intensidad que entre las de distinto sexo.

<sup>80</sup> En este punto se sigue el estudio de LARRAURI PIJOAN, Elena: “Cinco Tópicos sobre las mujeres Víctimas de la Violencia de Género a los tres años de aprobación de la LOVG 1/2004 de 28 de diciembre”, Cuadernos de Derecho Judicial- Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pp. 10-29.

acaban retirando la empatía que debiera rodear a estas víctimas.

La antedicha situación genera un efecto contraproducente: el sistema penal etiqueta negativamente a las mujeres víctimas, mostrándose impaciente con ellas, incapaz de entender sus reticencias, enojado porque se le perturba en su correcto funcionamiento, y acabando por producir discursos negativos acerca de las mujeres que acuden a él. Un ejemplo ilustrativo de lo anterior es cuando se culpabiliza a la falta de declaración de las mujeres, como si la falta de pruebas fuera culpa suya por no declarar y no de un atestado insuficiente o de la ausencia del o de la Fiscal, o de la precipitación en la tramitación de la causa por los trámites del Juicio Rápido, cuando las circunstancias del caso harían aconsejable una instrucción más serena y minuciosa. Y siendo el proceso público se atribuye a una “culpa privada”, las mujeres, si no se puede alcanzar un fallo condenatorio.

Este etiquetamiento negativo también puede conllevar numerosos efectos para las mujeres víctimas, porque, por un lado, perciben la escasa simpatía con la que son tratadas por el sistema penal y, en consecuencia, también esparce su visión de que “no vale la pena denunciar”. Por otro lado, perciben como son juzgadas negativamente, como sus opciones son consideradas poco racionales o legítimas y en consecuencia se les añade presión y eventualmente se les aboca a realizar acciones que pueden no ser las más favorables. Por todo ello, el sistema penal no debiera repetir los tópicos que existen acerca de las mujeres víctimas, por cuanto que, una de las consecuencias extremas de este etiquetamiento negativo es el castigo de las propias mujeres que no acuden a declarar o que vulneran una orden de protección. Y, si bien, las mujeres víctimas que deciden hacer pública su situación entran en un proceso de cambio gradual y tienen unas necesidades que deben resolverse, todas ellas no pueden ser solucionadas por el sistema penal, pero al menos, éste debiera tener como principio rector de su intervención no empeorar la situación de las mujeres que acuden a él, no etiquetarlas negativamente y no criminalizarlas.

2º Las Mujeres instrumentales, que denuncian para “quedarse con el piso”. Además de la elevación de las penas el sistema penal español en este ámbito se ha articulado de tal manera que todos los caminos llevan mayoritariamente al sistema penal, así desde la primera regulación de la orden de protección se orientó hacia la Justicia Penal, por lo que la concesión de la orden de protección debía dar lugar a un proceso por delito<sup>81</sup>, y quedaba contaminada del resto de exigencias penales (dificultad o imposibilidad de retirarla, considerar que las mujeres también la quebrantan, entender que la petición de una orden de protección equivale a una denuncia...), por lo que la práctica de privilegiar que el primer sitio donde acudan las mujeres sea el sistema penal solo puede conducir a estos u otros malos entendidos.

Por tanto, sería más razonable que este sistema penal dirigiera a las mujeres que están sufriendo la violencia a un servicio de atención a la víctima, a los grupos de base de mujeres, o a los servicios sociales de los Ayuntamientos, pues en muchos casos los comportamientos pueden ser evitados por este tipo de servicios, en otros se informaría a las mujeres de la posibilidad de denunciar y de lo que implica, y, finalmente, en otros se les ayudaría a iniciar el proceso penal.

<sup>81</sup> Contrariamente a lo que sucede en otros Ordenamientos Jurídicos en los que cabe la concesión de orden de protección en el ámbito de un proceso civil, como es el caso, por ejemplo, de Estados Unidos, donde no existe la infravaloración de la Acción Civil que se da en nuestro sistema jurídico, a la que, además en la actualidad, se han puesto mayores trabas con la necesidad del pago de tasas para litigar en la Jurisdicción Civil (y en la Social y Contencioso-Administrativa).

Lo que no resulta de recibo es dirigir a todas las mujeres hacia el sistema penal potenciando la formulación de denuncias para posteriormente revolverse contras las mujeres que acuden al sistema penal indecisas y aun desinformadas; además, con el llamamiento indiferenciado a que todas las mujeres acudan al sistema penal se abre paso a uno de los tópicos más recurrentes: el de que las mujeres denuncian “para”, tópico más difícil de combatir ya que, eventualmente, sólo podría ser desmentido por investigaciones empíricas.

De tal manera, se haría preciso determinar cuántas atribuciones de vivienda se hacen en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, qué porcentaje de mujeres se quedan con el piso por el mero hecho de haber presentado una denuncia penal, así como respecto de la atribución de pensiones a hijas e hijos. Estas cuestiones merecerían ser estudiadas más a fondo, ya que, en una primera aproximación resulta que en muy pocos casos se realizan atribuciones en materia civil por parte la judicatura competente en la materia, y además, en un gran número de ocasiones la violencia se da en parejas que no conviven juntas.

Por otro lado, se habla de denuncias instrumentales en el caso de las mujeres inmigrantes en situación irregular, de las que se dice que acuden al sistema penal para “conseguir papeles”, dando por supuesto que estas mujeres salvan todos los obstáculos de desconocimiento de un sistema jurídico ajeno para ellas, miedo a su propia expulsión, riesgo de represalias por parte de su colectivo étnico, miedo a perder sus hijas e hijos y ello con la sola finalidad de “conseguir los papeles”.

No obstante lo expuesto, no cabe sino plantearse hasta qué punto es el propio sistema jurídico penal quien está propiciando su instrumentalización, articulándose de tal modo para que esto suceda. Efectivamente, incluso en ocasiones la entrada en una casa de acogida parece estar sometida al requisito previo de denuncia, las medidas sociales previstas en la LO 1/2004 requieren de denuncia previa. En conclusión, si el sistema de protección social exige como requisito previo que se acuda al sistema penal, no se puede culpar luego por acudir a éste, o por acudir sólo por motivos instrumentales, esto significa que no se puede culpar al colectivo de mujeres por las disfunciones de un sistema que no ha sido elaborado con ellas ni para ellas, dado que “nunca llevamos a mujeres maltratadas a los foros donde se debate la regulación”<sup>82</sup>.

3º Las Mujeres mentirosas, que denuncian falsamente. En este punto debe reflexionarse sobre los motivos que hacen que numerosas mujeres decidan retirar sus denuncias, y más en particular dos reflexiones: la primera hace referencia a que el fenómeno da lugar a estigmatizar a las mujeres como irracionales<sup>83</sup>, donde lo destacable es que son pocas las voces animando un debate sobre la posibilidad y conveniencia de caracterizar estos delitos de violencia contra las mujeres como delitos semipúblicos. Así, se ha configurado un sistema público, observándose que hay numerosas mujeres que quieren retirar las denuncias y, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos<sup>84</sup>, el discurso oficial asume que el sistema está bien y quienes están mal son las

<sup>82</sup> Cita en este sentido la autora a quien se está siguiendo en este apartado, Elena Larrauri a Sara Vicente, representante de la Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres y de la plataforma de Organizaciones de Mujeres por la Abolición de la Prostitución, *Público*, 29 de septiembre de 2007, que criticaba la presencia de prostitutas en el debate y no de mujeres maltratadas en los referidos foros.

<sup>83</sup> Como ya se ha apuntado en el tópico 1º.

<sup>84</sup> Caso de algunos países anglosajones.

mujeres.

Una segunda reflexión al hilo de estas cuestiones, es la que trata de averiguar que significa realmente “retirar la denuncia”<sup>85</sup>. La experiencia nos lleva a constatar lo siguiente: hay mujeres que llaman a la Policía porque están teniendo un episodio de violencia puntual y tienen que llamar a alguien, y esta llamada es definida como “denuncia”. Por lo tanto, en muchos casos, no es que las mujeres posteriormente retiren la denuncia, sino que nunca pretendieron denunciar. La llamada a la Policía se produce como primera instancia a la que acudir para la resolución de numerosos conflictos, no porque la persona que acude a este medio quiera interponer una denuncia posteriormente. Por tanto, una mayor información del sentido y alcance de la denuncia, así como la manifestación de voluntad expresa en tal sentido, evitaría que nos encontráramos con un volumen elevado de retiradas de denuncias. Además ello permitiría a la Judicatura una aplicación más sustantiva del Derecho Penal, una conciencia de que se debe intervenir no por motivos formales, lo que conllevaría una disminución de los reproches a las mujeres que se ven atrapadas en esta espiral del sistema penal<sup>86</sup>, que en algunas ocasiones tras dictarse fallo absolutorio respecto de los hombres, se ven encausadas (y a veces condenadas) por delito de denuncia falsa.

4º Las mujeres punitivas, que provocan a la pareja para que se le acerque. A partir de la creación por la reforma del Código Penal de 1989 de un delito autónomo de violencia habitual en aras a evitar una respuesta penal benévola a la vista del elevado número de absoluciones que se venían produciendo, y al ser calificados estos comportamientos como faltas en la mayoría de los supuestos, en círculos académicos se apuntaba la necesidad de que el Derecho Penal cumpliera una función pedagógica respecto de estas conductas que acaecen en el seno de la intimidación de la pareja, que haga comprender que son reprochables y deben ser consideradas como delito, tanto como los hechos violentos cometidos en el ámbito público. Sin embargo, esta concepción de la función pedagógica del Derecho Penal ha sido cuestionada tanto por la doctrina penalista mayoritaria como por algunos grupos feministas académicos, que aluden a que el Derecho Penal debe estar presidido por el principio de intervención mínima (carácter de última *ratio*) y que, en consecuencia, elevar estos comportamientos a delitos vulnera el carácter que debe también presidir específicamente la imposición de la pena de prisión.

Sin embargo, la razón por la que estas críticas no han sido acogidas es doble: por un lado, en general, los grupos feministas tienden, en aras del principio de igualdad, a contraponer el hecho de que el principio de intervención mínima es vulnerado en múltiples ocasiones, de tal manera que esa mención a la desigualdad con que opera el Código Penal en la protección de bienes jurídicos

---

<sup>85</sup> Sobre la conceptualización de la denuncia se incidiremos más adelante en este capítulo.

<sup>86</sup> La complejidad de lo que a veces se viene llamando denuncia “falsa” puede observarse en algunas sentencias tales como la dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, n.º 639/2005, de 17 de noviembre, (JUR 2006/190249), absolviendo a una mujer a la que el Juzgado de lo Penal había condenado estableciendo que: “... la acusación no puede prosperar, por cuanto falta uno de los requisitos imprescindibles para que se dé el tipo delictivo de denuncia falsa, como es la exigencia de que se persista con conciencia y voluntad de faltar a la verdad y mantener una acusación concreta contra una persona determinada, que no se da en el presente supuesto por cuanto que en relación a la acusada V. no existe, ni de lejos intención de denunciar nada ya que “... como es de ver en el atestado, no quiere denunciar, que lo único que quiere es que le alejen al marido, reiterando ante el instructor, ..., que no va a denunciar nada, que no quiere que el asunto siga adelante, y no desea ir al médico”.

conduce al efecto de incorporar más comportamientos al Código Penal. Por otro lado, quienes ostentan el poder en cada momento, al descubrir las ventajas de un cierto “populismo penal”, que equivale a ventajas electorales derivadas del hecho de mostrarse inflexible con los problemas sociales<sup>87</sup>, entienden ese rigorismo punitivo como la única forma de mostrar la repulsa social al incluir más comportamientos en el Código Penal. De esta forma cada partido político que ha llegado al Gobierno del Estado realiza una nueva reforma para convencer que “ellos se toman el problema más en serio que sus antecesores”<sup>88</sup>. Y esto que es un fenómeno general, se pone de mayor relieve en el caso de la violencia de género por lo que no cabe sustentar que sean los grupos feministas los que producen esa elevación de penas, sino que son los partidos políticos los que actúan así y ello por motivos electorales. Y es que aunque haya grupos feministas que promueven ese tipo de leyes y sugieren la creación de nuevos tipos penales, también es cierto que existen grupos feministas críticos con la criminalización, pero son menos audibles que los otros, cumpliéndose el axioma de que “las mujeres punitivas resultan ser casi siempre hombres” (los integrantes de los partidos políticos en el poder), y resulta que las víctimas de esos hombres punitivos son también las propias mujeres las cuales son más denunciadas, más detenidas, y más penadas, desde que ha ido en aumento la severidad penal, quedando este hecho visibilizado en lo que sucede con las condenas contra mujeres por quebrantamiento de medida cautelar o condena a pena de alejamiento<sup>89</sup>.

El reproche de mujer punitiva resulta, además, contradictorio con las exigencias que se les dirigen a las mujeres. Como ya se apuntó anteriormente, en muchas ocasiones las mujeres llaman a la Policía cuando se encuentran ante un conflicto puntual, o la llama alguien ajeno que contempla un episodio de malos tratos en la calle; después se les niega la posibilidad de retirar la orden de protección alegando que no está a su disposición. Así las cosas, cuando las mujeres reanudan, continúan o se encuentran con sus parejas, en ocasiones han sido condenadas por infringir una medida cautelar, a pesar de que en ocasiones habían acudido expresamente a solicitar su retirada. Para mayor demérito, se le coloca la etiqueta de “provocadora”, cuando es el sistema el que, tal y como está estructurado, “provoca”.

A la luz de las ideas expuestas, cabe concluir que las mujeres son producto de la imposición de un sistema penal que constantemente desconoce su voluntad (como en general la voluntad de todo tipo de víctimas), por lo que sería conveniente discutir que las órdenes de protección puedan ser revocadas a voluntad de las víctimas, que una llamada a la Policía no es una denuncia, que una pena de alejamiento no se vulnera por el mero encuentro sino que se requiere de un elemento

<sup>87</sup> Un ejemplo de populismo penal se puede considerar el anuncio por el Gobierno actual de la instauración de la pena de prisión permanente revisable, cuestión controvertida y suscitada al amparo de algunos casos especialmente graves, como la desaparición y asesinato de Marta del Castillo.

<sup>88</sup> La reforma llevada a cabo en el Código Penal por LO 5/2010 introducía la figura de la libertad vigilada como medida de seguridad no privativa de libertad (artículo 96), constituyendo ante todo una medida de control pues alarga la vigilancia del penado más allá del tiempo de la pena proporcionada al delito cometido. En la anunciada reforma de la legislación penal por el actual Gobierno se habla de imponer esta medida de seguridad de libertad vigilada para los condenados por delitos de violencia de género una vez hayan extinguido su condena por cumplimiento de la misma, y ello en base a la peligrosidad del sujeto, de sus posibilidades de reincidir en conductas análogas, e imponiéndole algunas obligaciones o prohibiciones, tales como aproximarse a ciertas personas o lugares, estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento o prohibición de residir en determinados lugares, etc.

<sup>89</sup> Este fenómeno tuvo mayor incidencia en los primeros momentos de vigencia de la LO 1/2004, y no tanto en la actualidad, como se desprende de la abundante jurisprudencia recaída en la materia.

subjetivo especial de querer sustraerse a ella, y que la pena de alejamiento tiene una naturaleza de medida de seguridad de aseguramiento de las víctimas y debe estar regida por el principio de flexibilidad, siendo lógico apreciar su quebrantamiento sólo cuando hay un riesgo para la vida, integridad, libertad o seguridad de las víctimas.

5º Las Mujeres vengativas, que quieren castigar más a los hombres. Por si las ideas de figuras tópicas ya enumeradas (mujeres irracionales, instrumentales, mentirosas y punitivas) carecían de suficiente fuerza, tras la aprobación y entrada en vigor de la LO 1/2004, con la agravación (aun siendo prácticamente simbólica) de las penas a imponer a los hombres en relación a la que se imponen a las mujeres por hechos similares, no ha servido para colaborar a la mejor imagen de las mujeres víctimas de la violencia de género. De este modo surge la frase que ha ganado adeptos de que “por el mismo comportamiento” se castiga más a los hombres que a las mujeres, viéndose como el último despropósito de los grupos feministas<sup>90</sup> que no han dudado en infringir el principio de igualdad, lo cual ha resultado contradicho por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en la materia y que ha proclamado la constitucionalidad de dicha agravación<sup>91</sup>.

Por otro lado, los golpes que puedan dar las mujeres a los hombres en este contexto no obedecen al mismo comportamiento que el caso contrario, por cuanto que equiparar uno a otro golpe implica desconocer el contexto social donde los actos tienen lugar. Así los golpes de los hombres producen generalmente dos consecuencias: una mayor probabilidad de lesión y un mayor impacto en la vida de la persona por el miedo que produce. Sin embargo, los golpes que dan las mujeres rara vez producen estas consecuencias<sup>92</sup>. Y aunque las consecuencias mencionadas no se produzcan siempre, el legislador presume que normalmente se producen<sup>93</sup>, y puede luego pedir que este fundamento agravatorio se haya producido.

Una segunda argumentación que se puede dar cuando se ha demostrado que el “mismo golpe” no es el mismo comportamiento, es alegar que los casos más graves ya se podían castigar con la agravante del artículo 22.4 del Código Penal<sup>94</sup>. Aceptada la constitucionalidad de la agravación, la discusión ya no es de constitucionalidad sino que se ha transformado en una controversia de técnica legislativa entre los tipos penales específicos agravados o las circunstancias genéricas.

Finalmente, se puede extraer la consecuencia de que una agravación de la pena no mejora la

<sup>90</sup> A los que se tiende a agrupar de forma unitaria como si fuera permisible hablar de “grupos de hombres”.

<sup>91</sup> La cuestión ha sido ya tratada en el capítulo 1º de este estudio.

<sup>92</sup> Más adelante se analizará el tratamiento penal que reciben las mujeres cuando son ellas las que cometen actos de violencia contra sus parejas hombres, la aplicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y la falsa neutralidad del Derecho Penal en lo que atañe a esta materia.

<sup>93</sup> Como prevé que normalmente quien bebe es un peligro para la seguridad del tráfico, por ejemplo.

<sup>94</sup> Consistente en cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

situación de las mujeres sometidas a la violencia, pero que lo que se ha pretendido con esta disertación es discutir y desenmascarar los tópicos existentes sobre las mujeres víctimas, mostrando el sesgo de algunas argumentaciones que se están dando en muchos círculos próximos a personas operadoras jurídicas.

Otros estudios sobre las víctimas en el ámbito de la violencia en el seno de la pareja apuntan un tópico más sobre las víctimas, que ha de unirse a los ya expuestos, el de las mujeres masoquistas, según el cual éstas presentan una serie de características que hacen pensar *a priori* que gran parte de la situación viene condicionada por ellas<sup>95</sup>. De tal manera que, algunos estudios, partiendo de la base de que las conductas son reflejo de la interacción de las personas con las situaciones, se llega a esa conclusión, pensando que determinadas características de algunas mujeres hacían que tuvieran una mayor probabilidad de ser maltratadas.

Esos trabajos se basaron en el estudio de mujeres que habían sido agredidas, y que presentaban una serie de síntomas que fueron considerados como causa de la violencia frente a ellas. Sin embargo, estudios posteriores demostraron que aquellos trabajos fallaban en el análisis de la interacción entre las personas y las situaciones, confundiendo la etiología con las consecuencias del trauma, quedando en consecuencia desacreditados. Así, analizando tres grupos de mujeres, por un lado víctimas de malos tratos que no han adoptado ninguna conducta para acabar con la situación hasta fases avanzadas, por otro, mujeres que han adoptado una actitud más activa en contra de las agresiones, y finalmente, otro grupo formado por mujeres que no han sido víctimas, se llegó a la conclusión de que no existen diferencias en las características de la personalidad entre los tres grupos; lo que si se encontró fue un “perfil de riesgo”, en las que el riesgo de ser maltratadas era dos veces más elevado que en el resto, pero solo afectaba al 10% de las mujeres. El principal factor de riesgo eran los “antecedentes de abuso sexual durante la infancia” y las consecuencias reflejadas como alteraciones de conducta derivadas de aquellos. Y esto tanto en relación a las agredidas como a los agresores<sup>96</sup>.

Tampoco se encontraron relaciones consistentes entre los ingresos económicos, nivel de educación, ser o no ama de casa, pasividad, hostilidad, integración de la personalidad, autoestima, ingesta de alcohol o emplear violencia con niñas y niños, ni se hallaron evidencias respecto de estatus que las mujeres ocupan, al trabajo que desempeñan, a las conductas que realizan, a su perfil demográfico o a las características de sus personalidades. Ninguno de estos factores influye de forma significativa en las posibilidades de que sufran una agresión en su vida de pareja.

<sup>95</sup> LORENTE ACOSTA, Miguel, LORENTE ACOSTA, José Antonio, LORENTE ACOSTA, Javier, MARTINEZ VILDA, M. <sup>a</sup> Elena y VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique: “Síndrome de agresión a la Mujer”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 02-07, 2000), <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc-02-07.html>. [Consulta 10-08-2012], pp. 3-4.

<sup>96</sup> La explicación del porqué se llega a producir una victimización tras los abusos en la infancia ha sido aportada por diferentes estudios clínicos, apuntando que el hecho de abusar sexualmente de un niño o niña va asociado con un riesgo mayor de re- victimización en fases más avanzadas de su vida por diferentes tipos de agresores, incluyendo sus parejas, lo cual puede ser debido a una ausencia de oportunidad para desarrollar mecanismos de protección adecuados combinado con otros efectos postraumáticos, tales como dificultad de análisis de la situación o de las personas en relación al peligro, el fatalismo relacionado a la depresión o la sensación de incapacidad y desamparo. También puede deberse a respuestas alteradas por la amenaza de peligro que van desde la negación y aturdimiento psíquico hasta la disociación.

Sin embargo, las características de los hombres con los que las mujeres mantienen las relaciones si actúan como marcadores más apropiados para conocer el riesgo de que las mujeres lleguen a ser víctimas de la agresión de sus parejas, de tal manera que el factor más influyente para las víctimas es ser mujeres, de tal manera que la victimización de las mujeres puede ser mejor comprendida como la realización de una conducta masculina. De este modo resultan desacreditadas las teorías que argumentaban que la causa de los malos tratos era el “masoquismo de las mujeres” basadas en que la mayoría de las víctimas expresaran amor por sus agresores.

Existe la idea generalizada que la violencia contra las mujeres “no conoce de clases sociales” debido a la situación de desigualdad de las mujeres y los valores culturales que refuerzan esta desigualdad, que se consideran factor fundamental utilizado para explicar la violencia contra las mujeres en la pareja, de lo cual se deriva que cualquier hombre puede ser un maltratador y cualquier mujer tiene las mismas posibilidades de convertirse en víctima, resultando ser el género el único factor de riesgo considerado, por tanto cualquier mujer puede ser víctima con independencia de su clase social, edad, etnia, etc. Estas tesis universales constituyen un mito dado que los estudios de víctimas muestran que éstas no provienen por igual de todas las clases sociales, lo que concuerda con los estudios criminológicos que señalan la incidencia de los factores de riesgo, por lo que sería sorprendente que ser mujer fuera el único de ellos, pareciendo evidente que la desigualdad de género es a su vez modificada cuando se produce una intersección con otros sistemas de poder y opresión<sup>97</sup>. Por ello el eslogan de que “toda mujer puede ser víctima” expresa sólo una parte de verdad porque no todas las mujeres tienen el mismo riesgo de ser víctimas de la violencia de género, siendo mayor la probabilidad de ser víctima entre las mujeres pobres o en diversas situaciones de exclusión social o pertenecientes a minorías étnicas. En esa línea los eslóganes universalizadores han introducido una confusión entre incidencia y prevalencia.

Sin embargo, los datos ofrecidos por los servicios sociales, policiales o judiciales desmienten la tesis universalista, que rebate afirmando que las víctimas pobres acuden al sistema penal mientras que las ricas disponen de recursos privados, aunque también sufren violencia. No obstante, se puede admitir esta tesis como alerta para denunciar que existe una gran parte de violencia contra las mujeres que queda oculta, pero resulta simplista atribuir exclusivamente la decisión de denunciar a la carencia de otros medios o recursos, criterio que también resulta de aplicación a las mujeres inmigrantes. En consecuencia, puede concluirse que no se puede presumir con carácter general que la mayor presencia de mujeres pobres en las cifras oficiales refleje una mayor predisposición a usar el sistema penal en aras a obtener los servicios vinculados al sistema penal, y que estos sean un aliciente para acudir a él, sino un reflejo de una distinta tasa de victimización; además la presunción de que los pobres denuncian más que los ricos es una presunción que no resulta avalada por los datos criminológicos.

#### **b) Importancia de la voluntad de las mujeres víctimas de violencia de género a través de la denuncia.**

Un gran problema de nuestro sistema, producto del carácter paternalista adoptado por las

<sup>97</sup>En este sentido se ha pronunciado LARRAURI PIJOAN, Elena. “Criminología crítica...”, *op. Cit.* pp. 33-40.

Cortes, es el de la denuncia, ya que sin ella no hay mecanismos de protección<sup>98</sup>. Es evidente que no podemos obviar que el dato de víctimas mortales por violencia de género desde el año 2004, en que entró en vigor la LO 1/2004, es cada vez superior, y que ese dato es el que provoca que el Estado siga invocando a las víctimas para que denuncien los hechos<sup>99</sup>.

Sin embargo, a pesar de la necesaria interposición de denuncia por parte de las mujeres para así obtener las medidas previstas en la Ley, es un hecho que el número de las mismas no es coincidente con el número de situaciones de violencia de género existentes<sup>100</sup>. Frente a esta situación, el Estado reacciona a través de campañas con las que pretende sensibilizar a la población de que el maltrato no es una cuestión particular, sino social, y que precisamente este apoyo social es decisivo para rescatar a las mujeres de esta situación. Sin embargo, a pesar de estas campañas el número de denuncias presentadas por las víctimas sigue siendo reducido, aunque tampoco puede ser considerado adecuado forzar la interposición de denuncia, exigiendo el acreditar la condición de víctima de violencia de género únicamente a través de ella o de la orden de protección concedida como requisito para acceder a centros de acogida o servicios de tratamiento psicológico prolongado, pues se puede convertir en un obstáculo para aquellas mujeres que por miedo u otras circunstancias no interponen denuncia<sup>101</sup>.

Efectivamente, no se puede olvidar que las Cortes han optado por situar dentro del ordenamiento jurídico penal las medidas de alejamiento, protección e incluso, y lo que es aún peor, medidas de tipo sociales, asistenciales, económicas, etc., que se prevén para las mujeres maltratadas y que exigen como requisito previo la interposición de denuncia contra sus parejas, continuando la reforma el camino iniciado en reformas legales anteriores. Sin embargo, esa progresiva criminalización y judicialización del problema no ha colaborado a su disminución, por lo que sería conveniente reflexionar sobre su utilidad, así como dirigir los trabajos legislativos hacia un mayor reconocimiento de la capacidad de autodeterminación de las víctimas, y aun estableciendo un sistema represivo de los actos delictivos fuera éste permisivo en lo relativo a la intervención de las víctimas.

En ese sentido, es preciso distinguir la necesaria intervención del aparato punitivo del Estado de la intervención desde una perspectiva autoritaria que niega a las mujeres maltratadas su posibilidad de elección o autodeterminación, opción seguida por la legislación vigente y que conlleva los problemas expuestos ya con anterioridad<sup>102</sup>. Y es que, entendiendo que el agresor debe

<sup>98</sup>Y así lo afirma CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: “Problemas que plantea la actual aplicación...”, *op.cit.* pp. 86-90.

<sup>99</sup> A título de ejemplo pueden citarse la primera campaña del año 2006 con el título “Contra los malos tratos, gana la ley”, y la segunda de 2010, que fue la última puesta en marcha por el Ministerio de Igualdad antes de su desaparición como Ministerio y se titulaba “Saca tarjeta roja al maltratador”.

<sup>100</sup> Así se pone de manifiesto en diversos informes del Consejo General del Poder Judicial sobre víctimas mortales de la violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja, como por ejemplo el del año 2009, que de 55 mujeres víctimas determinaba que 17 habían formulado denuncia previamente, mientras que 38 no habían formulado denuncia previa.

<sup>101</sup> Como es el caso de las mujeres inmigrantes indocumentadas, en cuyo caso un supuesto de amenaza frecuente por parte de los hombres que les agreden es que si les denuncian serán expulsadas del País.

<sup>102</sup> Ver lo referente a los tópicos sobre las mujeres víctimas de violencia de género.

ser penalizado por su conducta, no debe ser ésta la única finalidad perseguida por el legislador en aras a la erradicación de estas conductas, además se debe atender a las víctimas y, ante su situación de clara desigualdad respecto de los hombres, que las mantienen sumisas y subordinadas a sus deseos, optar por empoderarlas, equilibrarlas psicológicamente a través de tratamientos médicos y psicológicos que les permitan recobrar su autoestima y capacidad de libre decisión.

En tanto subsista el sistema vigente, la decisión de denunciar en alguna medida depende de la utilidad percibida por las víctimas que pueda reportar una u otra opción y se ve influida tanto por las características del delito como por las perspectivas sociales y por la situación psicológica subsiguiente a la victimización ya que el estado de excitación que se produce como consecuencia del delito y el *shok* emocional que provoca, ocasionan modificación en las facultades cognitivas de las víctimas que explican perfectamente las dudas, vacilaciones e imprecisiones a la hora de formalizar la denuncia y al efectuar las posteriores declaraciones ya sea en sede del Juzgado instructor como en la fase de enjuiciamiento.

Pero lo que deben tener claro tanto las víctimas como la sociedad es que la denuncia es una de las formas de iniciación del proceso penal, que trae consigo una serie de consecuencias de las que no pueden sustraerse las personas que denuncian y que suponen la apertura de unas actuaciones, una de cuyo protagonistas inevitables va a ser quien, con su denuncia inició el proceso penal<sup>103</sup>. Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal configura como una obligación de denuncia del delito público para cualquiera que tenga conocimiento de su perpetración<sup>104</sup>, obligación reforzada para quien tenga conocimiento de los hechos como consecuencia del ejercicio de una profesión, oficio o cargo público<sup>105</sup>, denuncia que se formulará ante la Fiscalía, Juzgado de Instrucción o Municipal o en la Comisaría de Policía Nacional, Local, Autonómica o Guardia Civil, iniciándose con esa presentación la investigación de los hechos a fin de identificar y localizar a la persona autora, esclarecimiento de los hechos y determinación de las circunstancias de relevancia para el caso. Pero el mero hecho de la denuncia, que no requiere de forma especial, no implica que la persona que la formula esté pidiendo algo, ni está obligado a nada salvo a la veracidad de su relato<sup>106</sup>; desde su presentación la autoridad ante la cual se formula está obligada a realizar la actividad necesaria para la comprobación del hecho delictivo, salvo que no fuere constitutivo de infracción penal o la denuncia sea manifiestamente falsa<sup>107</sup>.

Lo anterior en cuanto a los delitos públicos, pero hay otros supuestos como son los delitos o faltas semipúblicos o delitos privados, en que la denuncia deja de ser una obligación para ser un

<sup>103</sup> CATALINA BENAVENTE, M.ª Ángeles: “La denuncia en los casos de violencia de género”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. EDITORIAL LA LEY, 2011, Madrid, p. 307.

<sup>104</sup> Obligación que se establece en el artículo 259 de la mencionada ley.

<sup>105</sup> En ese sentido los artículos 262 y 544 ter 2 de la LECri. Supuestos en que la obligación de denunciar aparece reforzada son, por ejemplo, las personas integrantes de los servicios sociales y organismos de igualdad, de los centros médicos, educativos etc., de conformidad con los protocolos vigentes para cada uno de ellos.

<sup>106</sup> Según el artículo 264 de la ley rituarial procesal.

<sup>107</sup> Conforme establece el artículo 269 de la aludida ley.

derecho, porque en estos casos no prima el interés del Estado de imponer una pena, sino el interés de la persona perjudicada de preservar su intimidad o lo que considere son sus intereses privados<sup>108</sup>. En el caso de la violencia de género la mayoría de los delitos tienen carácter público, por tanto el proceso se iniciará tanto por denuncia como por querrela de la persona ofendida o de cualquier otra persona que tuviere conocimiento, o por la autoridad judicial o fiscal de oficio.

Así, la denuncia de la víctima que, como resulta de lo expuesto, se configura como un derecho, se convierte en determinados casos en un requisito de procedibilidad, en aquellos supuestos en los que el Código Penal condiciona la persecución de los delitos o faltas a la previa denuncia de la persona agraviada (delitos o faltas semipúblicos), como es el caso de los delitos de agresión, acoso o abuso sexual<sup>109</sup> y de las faltas de vejaciones injustas. En estos casos de agresión, acoso o abuso sexual, para el Tribunal Supremo la falta de denuncia de las víctimas es un “vicio procesal de simple anulabilidad susceptible de convalidación” que deberá provenir de la parte o partes perjudicadas mediante su comparecencia en el curso del procedimiento iniciado, colaborando con la investigación judicial y no oponiéndose a la continuación del proceso en respuesta al ofrecimiento de acciones que se les efectúe.

En todo caso, y en lo que concierne a la violencia de género, parece ser que la intención al legislar la materia es que se deje de considerar que la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres es una cuestión privada, que solo afecta a las partes implicadas, resultando un contrasentido que si las víctimas se niegan a la persecución de los delitos de agresión, acoso o abuso sexual el órgano judicial pueda solo proceder por el resto de delitos o faltas que puedan considerarse actos de violencia de género. Así, en estos casos de delitos de agresión, acoso o abuso sexual no se trata de proteger el buen nombre o la fama de la víctima o su familia<sup>110</sup>, como tradicionalmente se ha considerado, sino que se trata de respetar la decisión de alguien que ha sido atacada en su ámbito más privado, y para la cual el paso por el proceso puede generar una victimización secundaria por la que no está dispuesta a pasar. Si al hecho de ser agredida sexualmente, se le añade que dicha agresión proviene de su cónyuge o persona con la que mantiene relación análoga de afectividad aumenta la dificultad de denunciar y de comparecer ante un Tribunal.

### **c) La orden de protección: algunas reflexiones acerca de su obligatoriedad y efectos de la retirada de la denuncia o de la solicitud de orden de protección.**

En nuestro ordenamiento jurídico las medidas de alejamiento, que pueden consistir en penas accesorias que acompañan a la pena principal, medidas de seguridad, obligaciones en caso de sustitución o suspensión en la ejecución de las penas privativas de libertad o medidas cautelares a imponer cuando se está llevando a cabo una investigación por determinados delitos, fueron introducidas por primera vez en el Código Penal de 1995, circunscrita a la privación del derecho a

<sup>108</sup> En estos casos no se trataría de denuncia sino de querrela la forma de poner en conocimiento de la autoridad su perpetración y está revestida de mayores exigencias formales.

<sup>109</sup> Con la excepción de que las víctimas sean menores de edad, incapaces o desvalidas en que será la Fiscalía quien interponga la querrela.

<sup>110</sup> Así se manifiesta CATALINA BENAVENTE, M. <sup>a</sup> Ángeles: “La denuncia en los casos de...”, *op. cit.*, p. 336.

residir en determinados lugares o acudir a ellos, considerándola como pena privativa de derechos y de aplicación facultativa ante la comisión de determinados delitos, en función de la gravedad de los hechos y al peligro que representara la persona delincuente. Esta medida fue redefinida, a fin de mejorar la protección de la integridad y la libertad sexual de menores e incapaces, por la nueva redacción que se dio al artículo 57 del Código Penal en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril; que añadió la posibilidad de imponer en sentencia como penas accesorias a determinados delitos, restricciones para la aproximación y comunicación con la víctima o su familia, y, además, se incorpora entre las obligaciones, en caso de suspensión de la pena y entre las medidas de seguridad no privativas de libertad, la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia.

Sobre la regulación contenida por el artículo 57 del Código Penal volvería la reforma operada en el mismo por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio<sup>111</sup>, y en lo que se refiere a las penas de alejamiento, lo más significativo es que en el artículo 57 se contempla la posibilidad de imponer estas prohibiciones, por no más de seis meses, ante la comisión de una infracción calificada de falta contra las personas (lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas), y además, se amplía el ámbito de personas con quienes se prohíbe a la persona imputada comunicarse o aproximarse, extendiéndose de la víctima y familiares a aquellas otras personas que determine la Jueza, el Juez o Tribunal. En materia cautelar, la principal novedad radica en la introducción de los artículos 13 y 544 *bis* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>112</sup>.

Siguiendo con esta evolución legislativa de la figura, el siguiente hito fue la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, cuyo articulado configura el denominado “estatuto integral de la protección a la víctima”, contemplando que la resolución judicial que adoptaba medidas cautelares, pudiera adoptar tanto medidas de índole penal como civil. Sin embargo, la materia fue objeto de nuevas regulaciones por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre<sup>113</sup>, que modificó el artículo 153 del Código Penal, situando determinadas manifestaciones de violencia en la parte del Código Penal donde se ubican conductas merecedoras de mayor reproche penal, y así, las antiguas faltas de lesiones ejercidas en el ámbito familiar, pasaban a ser consideradas delito en este artículo, incluyendo el precepto “cualquier menoscabo psíquico o una lesión no definida como delito, así como golpes o maltrato de obra que no causaran lesión o la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos”.

<sup>111</sup> Curiosamente, esta reforma viene a incidir sobre cuestiones y preceptos que ya habían sido objeto de reforma por la LO 11/1999, y cuya vigencia databa tan sólo de 20 días antes.

<sup>112</sup> El artículo 13 permite, como primeras diligencias para proteger a las víctimas o personas a ella allegadas, acordar medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 *bis*, que permite al Juez o Tribunal, cuando investigue delitos de maltrato habitual, imponer cautelarmente al imputado la prohibición de residir en determinados lugares, acudir a éstos, aproximarse o comunicarse con determinadas personas; cuyo incumplimiento dará lugar a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal.

<sup>113</sup> Ley en la que parece observarse el deseo de combatir la impunidad de algunas manifestaciones de violencia ejercida contra las mujeres en el ámbito de la pareja o ex pareja, habida cuenta que las novedades introducidas por la Ley 14/1999 no habían surtido el efecto esperado.

Por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre<sup>114</sup> se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y no comunicación con la víctima y personas allegadas, incluyendo el posible cumplimiento simultáneo con la pena de prisión, para evitar el acercamiento en los períodos de permisos penitenciarios, permitiéndose su mantenimiento hasta diez años después de cumplida la pena. Se establece, además, la posibilidad de suspender el régimen de visitas, comunicación y estancia con las hijas e hijos, así como la comunicación por medios informáticos o telemáticos. Y en lo que concierne a las medidas cautelares, esta ley modifica la redacción del último párrafo de artículo 544 *bis* LECr., y, para el caso de incumplimiento de la medida impuesta, prevé que se podrá acordar prisión provisional en los términos establecidos por el artículo 503 de la misma ley, así como la orden de protección del artículo 544 *ter* de la LECri. Y otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal.

El último hito en esta materia<sup>115</sup> es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género, cuya novedad, frente a la regulación anterior<sup>116</sup>, la reforma opera en sentido de sustituir la protección imperativa a un amplio grupo de personas a través de las prohibiciones impuestas al culpable de acudir a ciertos lugares y de aproximarse o comunicarse con la víctima, por la exclusiva tutela de quienes hayan sido esposas o compañeras sentimentales de los autores.

En lo que se refiere a quien puede formular la petición de una orden de protección (o de retirada de la misma), desde una perspectiva atenta a la autonomía de las mujeres, sorprende que la Ley 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, pueda ser solicitada por terceras personas (“personas de su entorno familiar más inmediato”)<sup>117</sup>, además de por el Juez de oficio o Ministerio Fiscal<sup>118</sup>, con lo que se sigue “la tendencia a desapoderar a las víctimas, en su propio interés, de la decisión relativa a la interferencia estatal en el ámbito familiar”. Y también es sorprendente que en ningún sitio se prevé expresamente la retirada de consentimiento, lo cual conlleva al desconcierto de numerosos jueces que no saben cómo proceder al respecto, pues unos entienden que la orden de protección si es disponible, en tanto que la denuncia no lo es, mientras que otros entienden que la orden de protección tampoco es disponible para las víctimas. Y esta imposibilidad conlleva la situación denunciada por algunas personas

<sup>114</sup> Obsérvese que nuevamente se reforma el Código Penal en lo que a esta materia concierne a los escasos dos meses de la vigencia de la anterior reforma.

<sup>115</sup> Al margen de la ya mencionada anteriormente extensión de la medida de libertad vigilada, introducida por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, para los supuestos de condenados por delitos de violencia contra las mujeres.

<sup>116</sup> Que establecía que los requisitos para suspender o sustituir la pena tenían especiales características en relación a todos los miembros del ámbito familiar o doméstico, y la Jueza o el Juez tenía que acordar, previamente de forma imperativa y no sólo potestativa, prohibiciones al culpable de acudir a ciertos lugares y de aproximarse o comunicarse con la víctima, con el ánimo de evitar que los beneficios de las formas alternativas de cumplimiento de la pena se coinvirtieran en un peligro para las víctimas.

<sup>117</sup> Afirmación que hace LARRAURI PIJOAN, Elena: “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.), Cuadernos Penales de José María Lidón, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 170- 171.

<sup>118</sup> Artículo 544 *ter* apartado 2º de la LECri.

integrantes de la judicatura que afirman que las víctimas usan la orden para amenazar al marido con ella.

Y si bien esta situación puede ser cierta, deben tenerse en cuenta algunas consideraciones: la primera, que es lamentable que la llave esté en manos de las mujeres, pues ello es indicativo de la poca vigilancia que hay, lo que, en casos graves es un drama absoluto para las mujeres atemorizadas, que es muestra de lo equivocado de una política que dirige a todas las mujeres maltratadas en primera instancia al sistema penal como medio de obtención (y no sólo de protección) de recursos fundamentales (económicos, vivienda, etc.) que se asignan a estas mujeres. En segundo lugar, que si se atendiera a la voluntad de las mujeres, quizás podría articularse un sistema que considerase que ha decaído el fundamento que las llevó a pedir o adoptar la orden de protección, más que asumir que ésta se ha quebrantado con el consentimiento de las víctimas y acabar penalizándolas a ellas también. Esta posibilidad es particularmente necesaria puesto que no se prevé un plazo para las medidas cautelares penales, ni la necesidad de que las víctimas pidan expresamente una prórroga. En esta línea, debe advertirse que se ha vinculado la existencia de las órdenes de protección a un sistema penal, sistema que es, dentro de los diversos órdenes jurídicos, el más indisponible, en vez de preverse la concesión de una orden de protección por la jurisdicción civil y en un procedimiento autónomo<sup>119</sup>.

Desde otro ángulo cabe cuestionarse si debe protegerse a las mujeres contra su voluntad<sup>120</sup>, de tal manera que la situación que se está planteando es si debe atenderse a la voluntad de las mujeres incluso en los aspectos relativos a su protección o si ha de entenderse que la protección de las mujeres ha de conllevar anular su opinión, sus deseos y, en definitiva, su autonomía.

En respuesta a la anterior cuestión, puede responderse que, en principio se ha de entender que no cabe atender a la voluntad de las mujeres, sencillamente por el carácter público del Derecho Penal y de los delitos concretos referentes a la violencia de género y su indisponibilidad para las víctimas; pero, tratándose de la regulación y protección de un bien jurídico tan especial y específico, la pregunta debiera ser “si la víctima debiera tener una voz privilegiada” en el proceso penal, siendo fundamental la cuestión de si la víctima tiene un interés legítimo más allá de la reparación y la compensación.

En segundo lugar, se debe poner de relieve que poco o nada ayuda a la imagen pública de las mujeres maltratadas, ya que se impone el tópico de imponer la protección aun en contra de la voluntad de las víctimas “no vaya a ser que las maten”, pero, además, hay que añadir la incomprensión por el (aparentemente) irracional comportamiento de las propias mujeres cuando se mantienen en situación de maltrato<sup>121</sup> sin formular denuncia por ello. La respuesta a la pregunta de

<sup>119</sup> Como sucede en otros Estados, sobre todo, de tipo anglosajón.

<sup>120</sup> Y así lo hace GARATE ZUBIZARRETA, Inmaculada: “Sobre la importancia de la voluntad de la víctima en el delito de violencia de género”, en Ixusko Ordeñana Gezuraga y Katixa Etxebarria Estankona: *Los Juzgados de violencia sobre la Mujer* (comp.). Tercera edición de las Jornadas “Justicia con Ojos de Mujer”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre de 2010), ARANZADI, Bilbao, 2012, pp. 152- 158.

<sup>121</sup> Sobre los tópicos entorno a las mujeres víctimas de malos tratos ya se ha tratado anteriormente en este capítulo.

por qué no se denuncia en estos casos no puede ser estrictamente jurídica y mucho menos jurídico penal.

Y en tercer lugar, es necesario añadir el conflicto de intereses que se establece entre el sistema penal y las mujeres que denuncian. Así, se insiste en que todas las mujeres deben denunciar, lo que conlleva obligatoriamente que sea el sistema penal el primer recurso de todos los casos de maltrato, con independencia de su gravedad, de forma que además de presionar al sistema judicial, se culpabiliza a las mujeres porque acuden a este sistema “por cualquier cosa”, y después, también se las culpabiliza por “echarse atrás”. Así el problema crucial es que se han establecido los Juzgados en el punto inicial cuando, en realidad, debieran haberse establecido en el punto final, como última solución al problema del maltrato sobre las mujeres<sup>122</sup>; sin embargo a las mujeres maltratadas no les queda otro remedio que acudir al sistema penal como condición indispensable para acceder a los recursos necesarios e indispensables para su protección.

Y es que, hasta la fecha, en el Derecho Penal español no se ha planteado cuál sería el sistema más adecuado y eficaz para las mujeres objeto de malos tratos, si el sistema de delito público, o el de delito privado o semi-privado, que requiere de denuncia previa, tal y como ya se ha expuesto anteriormente. También se puede apuntar la posibilidad de que estos sistemas puedan “contaminarse” entre sí, dotando de mayor autonomía a la voluntad de las víctimas sin necesidad de crear un modelo puro, variando los rasgos que se consideren más convenientes o necesarios, siendo el más importante el grado de disponibilidad que las víctimas pudieran tener sobre el proceso, pero, planteándose hasta dónde habría de respetarse esa autonomía de las mujeres y hasta dónde sería lícito negar esa autonomía a las víctimas.

Resulta obvio que los argumentos a favor de que las mujeres puedan retirar sus denuncias o solicitudes de orden de protección enfatizan el respeto a su autonomía, por cuanto que se está tomando en consideración lo que ellas creen que es la mejor forma de protegerse, permitiendo que sean ellas mismas quienes reconsideren su situación de futuro más o menos inmediato, sus relaciones emocionales, situación económica, la de sus hijas e hijos, su custodia, etc. Sin embargo, es más que frecuente la actitud pasiva de las víctimas y su falta de colaboración con la administración de Justicia encargada de perseguir los delitos<sup>123</sup>, lo cual está íntimamente relacionado con la dificultad probatoria de este tipo de hechos, así como la inexistencia de otros signos objetivos externos de la violencia, al haberse cometido en la intimidad del domicilio, que dificultan, cuando no imposibilitan, la obtención de pruebas válidas y precisas que sustenten o puedan sustentar un fallo condenatorio.

La consecuencia legal de la persecución pública de hechos constitutivos de violencia de género es que las renuncias carecen de efectividad alguna, ya que no tiene la capacidad de extinguir la

<sup>122</sup> En ese sentido el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, de fecha 24 de junio de 2004, que apuntaba en esa dirección.

<sup>123</sup> Ya sea retractándose de sus denuncias, renunciando, inasistiendo a los llamamientos judiciales tanto durante la instrucción como en fase de enjuiciamiento, o acogiendo a la dispensa legal de no declarar contra su cónyuge o pareja, que más adelante se verá.

responsabilidad penal de los agresores<sup>124</sup>, lo que implica que en el ámbito de la investigación y represión de los hechos violentos, el Estado ha de trabajar respecto del agresor al margen de la voluntad de las víctimas, cuando éstas optan por no colaborar con las instituciones<sup>125</sup>.

Cierto es que, en algunas ocasiones la incomparecencia de las víctimas al acto de la vista oral se traduce en la emisión de sentencias de contenido absolutorio<sup>126</sup>, pero esto no deberá suponer que se criminalice la incomparecencia de las víctimas<sup>127</sup>, pues aunque esto no se produjera el problema no queda resuelto, ya que aunque haya elementos suficientes para condenar al autor de los hechos, esta condena podría suponer como efecto colateral que se “complice la vida” a la víctima, a quien, paradójicamente, se pretende proteger.

Y es que nuestro sistema penal no hace sino incurrir en paradojas, la primera no permitir a las mujeres retirar sus denuncias o peticiones de orden de protección, después, absolver a los agresores por falta de prueba en los supuestos de incomparecencia de las mujeres ya aludidos. Pero lo que nadie se plantea es el porqué de la retirada de la denuncia cuando la respuesta en la generalidad de los casos es obvia: por miedo, por temor a perder sus hijos o hijas, por falta de independencia económica, porque decide dar otra oportunidad al agresor... Y ante estas situaciones la respuesta que da el sistema penal es absolver al agresor y culpabilizar a las mujeres de estas absoluciones presentándolas como personas que no saben lo que quieren, en lugar de como agentes que están buscando soluciones a sus problemas<sup>128</sup>. Pero es que resulta más fácil invocar el tópico de que hay “mujeres que no saben lo que quieren” que sostener que es el sistema penal el que se encuentra inadecuadamente establecido al inicio del proceso cuando debiera situarse el al final, ayudando a las mujeres, a través de los profesionales implicados, en sus objetivos de búsqueda de seguridad frente a sus agresores, sin descalificarlas por sus titubeos y sus dudas puesto que romper una relación requiere un tremendo esfuerzo personal y puede que no se consiga en la primera ocasión<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> El perdón de la persona ofendida sólo tiene efectos extintivos en los delitos privados, ya que en los públicos o semi-públicos, a pesar de que exigen denuncia para iniciarse el procedimiento, una vez realizada ésta, el perdón carece de efectividad en lo referido a la extinción de la responsabilidad criminal.

<sup>125</sup> En este sentido MONTALBAN HUERTAS, Inmaculada: “*Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*”, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación, Madrid, 2003, p. 154.

<sup>126</sup> Lo que implica buscar otras pruebas objetivas con rigor suficiente para enervar la presunción de inocencia, labor ardua cuando se carece de la declaración de la víctima, aunque no imposible en la totalidad de los casos.

<sup>127</sup> Esta incomparecencia se encuentra criminalizada en el ordenamiento jurídico español a través del artículo 420 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que sanciona el cambio de declaraciones en el acto de la vista oral, o en su artículo 412 que impone una multa por la inasistencia a la vista, o en el Código Penal cuyo artículos 456 y 458 que sancionan los delitos de denuncia falsa y falso testimonio en causa judicial, respectivamente.

<sup>128</sup> Tópico de las mujeres irracionales, que ya se ha expuesto anteriormente.

<sup>129</sup> LARRAURI PIJOAN, Elena: “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 12, 2003, p. 273.

Finalmente, cabe cuestionarse <sup>130</sup> qué garantías procesales internas pueden hacer más sensible la protección a las víctimas respecto de la llamada victimización secundaria, pudiendo responderse a la cuestión que la principal, por barata y fácil que pueda parecer, es la de la información porque aunque está recogida expresamente como de obligada observancia <sup>131</sup>, a veces las prisas y el exceso de trabajo lleva a las personas operadoras jurídicas a su incumplimiento. Y ayuda a las víctimas, además no sólo saberse escuchadas sino que procesalmente su testimonio, si es avalado por corroboraciones objetivas exteriores <sup>132</sup> es suficiente para como para proporcionar la mínima necesaria prueba de cargo de signo incriminatorio, válida para, en su caso, sustentar una condena.

La defensa de sus datos personales y particulares, sobre todo cuando está tratando de reiniciar una nueva vida <sup>133</sup> ayuda a la tranquilidad de las víctimas y engrandece el tratamiento procesal de las mismas con la mínima humanidad y respeto que les son debidas.

Por otro lado, el respeto al miedo que les puedan suscitar los agresores puede combatirse en sede judicial procurando y propiciando las comparecencias conjuntas e víctimas y victimarios mediante sus declaraciones a través de barreras físicas <sup>134</sup>, porque la tranquilidad, seguridad, preservación de la intimidad y sosiego del testimonio de las víctimas es un logro procesal que siempre debe perseguirse y procurarse.

**d) Problemática que presenta la dispensa legal de declarar contra cónyuges, personas unidas por relación de análoga afectividad u otros parientes (art. 416 LECri.) con concreta proyección en los delitos de violencia de género.**

Uno de los problemas ante el que con frecuencia se enfrentan las personas operadoras jurídicas en los casos de violencia de género es el referido a lograr convencer a las víctimas para que se posicionen en contra de su estatus de víctima previo, recabando las ayudas necesarias a tal fin. Pero al problema de la retirada de las denuncias, hay que añadir el concerniente a la negativa a declarar una vez realizada la denuncia. Y si bien, la retirada de la denuncia en sí no es un problema, habida cuenta del carácter público de la mayoría de estos delitos, el problema surge cuando, además de renunciar, las víctimas se niegan a mantener ante el Juzgado de Instrucción la declaración incriminatoria que se realizó en dependencias policiales cuando se presentó la denuncia, o en el mismo acto de Juicio Oral <sup>135</sup>. Lo anterior lleva a cuestionarse si las víctimas de :violencia de género

<sup>130</sup> Tal y como lo hace el Magistrado VELASCO NUÑEZ, Eloy: “La protección a las víctimas del maltrato en España y en Derecho comparado”, en Isabel Tena Franco (comp.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II- 2005. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 143-144.

<sup>131</sup> En concreto por el artículo 544 *ter* 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>132</sup> Singularmente por documentación médica, como por ejemplo el parte de lesiones.

<sup>133</sup> Garantizada por el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por el artículo 63 LO 1/2004.

<sup>134</sup> Como biombos e incluso por video conferencia, por ejemplo.

<sup>135</sup> Que es donde se articula la prueba en sentido estricto.

tienen la cualidad de testigos en sentido estricto, y por tanto incluidas en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>136</sup>, con las consecuencias que ello comporta, pudiéndosele otorgar un papel protagonista en la realidad jurisdiccional del fenómeno de la delincuencia contra las mujeres. Este protagonismo trascendería del criterio cuantitativo derivado del elevado número de resoluciones judiciales que lo acogen, y de este modo, la esencia de su aplicación se vincularía a cuestiones que afectan a núcleos duros del modelo procesal. Como el papel que ha de atribuirse a la fase previa del juicio, por un lado, y por otro, al juicio oral, como espacio de producción probatoria y de decisión<sup>137</sup>.

Por todo ello, como apunta Inmaculada Garate<sup>138</sup>, es necesario plantearse, en primer lugar, el problema de si las víctimas de violencia de género pueden ampararse en la facultad conferida por el artículo 416 ya mencionado, después de haber sido ellas quienes han presentado la denuncia, habida cuenta de la obligación que pesa sobre todos los testigos de declarar. Obligación que impone el artículo 707 de la misma ley rituarial, con la excepción de los testigos mencionados por el artículo 416 de la misma (cuestión lógica pues no puede someterse a familiares del acusado a la difícil situación de declarar la realidad de lo que conozcan, incriminando a su pariente, o cometer delito de falso testimonio en el Juicio Oral si faltaren a la verdad). Aunque en la práctica se ha convertido más bien en un instrumento más para la protección de la persona acusada o imputada, que para las víctimas.

La mayoría de la doctrina jurisprudencial se ha inclinado por incluir a las víctimas de violencia de género dentro del ámbito del artículo 416, sin embargo, algún autor<sup>139</sup> sostiene la imposibilidad de la aplicación literal de dicho artículo, y en consecuencia del artículo 707, a las víctimas de violencia de género, por cuanto que quienes presentan una denuncia frente a personas con las que guardan la relación que refiere el artículo 416, no pueden luego ampararse en esa relación para no declarar, ya que el citado precepto está pensado para otros supuestos, en concreto, el de evitar que sea la declaración inculpatoria de la persona pariente la que, como prueba de cargo, determine la condena del acusado, lo que deja a las mujeres de los acusados (o a las otras personas que menciona el artículo) en una situación personal delicada. Además, hay que añadir que es lógica la instauración de la dispensa pero exclusivamente para testigos que intervienen en el proceso penal

---

<sup>136</sup> Según el cual: “Están dispensados de la obligación de declarar: **1.** Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261. El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia. **2.** El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido”.

<sup>137</sup> ETXEBARRIA GURIDI, José Francisco: “La prueba en el proceso de violencia de género”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*, LA LEY, Madrid, 2011, p. 364.

<sup>138</sup> GARATE ZUBIZARRETA, Inmaculada: “Sobre la importancia de la voluntad de la víctima...”, *op. cit.*, pp. 159-171.

<sup>139</sup> Cita Inmaculada Garate a Vicente Magro Servet, en este sentido.

como auténticos extraños a los hechos enjuiciados en ese acto, posición diametralmente opuesta a la ocupada por las víctimas, que son testigos privilegiados en tanto sujetos pasivos de la propia acción delictiva que se enjuicia. En razón a lo anterior resulta ilógico que quienes ponen en marcha la acción de la Justicia después en uso de la dispensa legal de declarar contra su autor se nieguen a declarar en el Juicio Oral, por lo que los partidarios de esta tesis entienden que cuando se formula la denuncia se está renunciando de forma tácita al derecho reconocido en el precepto<sup>140</sup>.

Otra vertiente del mismo tema es la de la trascendencia jurídica de la falta de advertencia del contenido del derecho al que se refiere el artículo 416 de la LECri., siendo la tesis tradicional la necesidad absoluta de esta advertencia, que ha de realizar quien reciba la declaración, ya sea el Tribunal Sentenciador, el Juzgado de Instrucción e incluso la Policía, con el consiguiente efecto de que la ausencia de tal advertencia conlleva que la declaración prestada sea nula.

Se plantea en la práctica el valor de la declaración prestada durante la fase de instrucción, cuando las víctimas se niegan a declarar en el Juicio Oral al amparo de la dispensa legal, que es el supuesto que suele darse con mayor frecuencia. Y es en este punto donde se cuestiona la dificultad de la valoración de las declaraciones anteriores, si estas se pueden utilizar o no en todo caso. Pues bien, en estos casos se viene entendiendo con carácter general que no cabe leer en juicio ni valorar como prueba las declaraciones prestadas ante el Juzgado de Instrucción ya que ello supondría una excepción a la ya excepcional norma del artículo 730 de la LECri<sup>141</sup>, no concurriendo en estos supuestos las exigencias que permiten tal excepción por el propio carácter de las causas que motivan la imposibilidad de reproducción de la declaración testifical en la vista oral, en virtud del ejercicio del derecho de dispensa, y no ante una imposibilidad real de declarar ante el Tribunal que es lo que el artículo 730 contempla. Sin embargo, en alguna ocasión se han admitido las declaraciones prestadas en sede policial o instructora como prueba indiciaria, siempre y cuando esta prueba se haya incorporado al proceso en circunstancias excepcionales, y se haya practicado con todas las garantías, es decir, con asistencia letrada de las personas afectadas y con pleno ejercicio del principio de contradicción.

Otra de las cuestiones que se suscitan en relación a la dispensa de la obligación de declarar es si es de aplicación la misma a las parejas de hecho, cuestión resuelta al asimilar su situación a la de las parejas matrimoniales, y recogerse tales supuestos por el propio artículo 416.1º de la LECri, por lo que la discriminación para tales casos sería incluso incongruente con el resto del sistema penal en que se equipara ambas situaciones a efectos incriminatorios.

En virtud de lo expuesto, cabe concluir que habría de llevarse a cabo una modificación del artículo 416 de la LECri., ya que su finalidad y fundamento considera bien distintos a los usos que se le están concediendo en la práctica forense, pues ese precepto no nació, ni de lejos, para posibilitar la impunidad del agresor, y debiera modificarse el precepto en el sentido de incluir en el mismo que la dispensa de la obligación de declarar no alcanza a las víctimas y personas perjudicadas de los delitos y faltas cometidos contra ellas por quienes se encuentran en una de las relaciones de parentesco que se citan en el precepto.

<sup>140</sup> Sin embargo, la doctrina mayoritaria se inclina en sentido contrario al expuesto.

<sup>141</sup> Según el cual “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”.

## 2.2.- LA AUTORIA, DEFINICIÓN, TRATAMIENTO PENAL Y PENITENCIARIO.

### a) Conceptualización de los maltratadores, necesidad de dar tratamiento psicológico a los hombres violentos contra sus parejas.

Conforme ya se ha expuesto anteriormente, el artículo 173.2 del Código Penal, introducido por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, al que se remite el artículo 153 del mismo código, menciona al que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre “quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia...”. Por tanto, el precepto ya nos está indicando que el autor de los hechos va a ser el varón al que le una alguno de los vínculos legalmente definidos, respecto de la víctima<sup>142</sup>.

En cuanto a la violencia masculina en el seno de la pareja o ex pareja, se ha llegado ésta a conceptualizar como un fenómeno epidémico que, al hilo de los retos que se les han planteado a los varones por los valores democráticos de la sociedad actual y por el nuevo rol de las mujeres, ha crecido a un ritmo incluso más rápido que los accidentes de automóvil, otro tipo de agresiones a personas extrañas a su entorno y los robos<sup>143</sup>. Y es que el maltrato contra la pareja es resultado de un estado emocional intenso, que interactúa con unas actitudes de hostilidad, un repertorio de conductas pobre<sup>144</sup> y unos factores precipitantes<sup>145</sup>, a lo que se une la percepción de la vulnerabilidad de la víctima, ya que los hombres tienden a descargar su ira precisamente en aquellas personas que perciben como más vulnerables, y en el entorno de la pareja les resulta fácil encontrarlas, y más fácil también ocultar lo ocurrido. Además, los logros obtenidos con estas conductas desempeñan un papel muy importante ya que frecuentemente los hombres maltratadores han conseguido los objetivos deseados con esos comportamientos agresivos en ocasiones anteriores. De ese modo, la violencia puede llegar a ser un método sumamente eficaz y rápido para “salirse con la suya”, a la par que la sumisión de las mujeres puede quedar también consolidada, porque con un comportamiento claudicante consiguen evitar las consecuencias negativas derivadas de la conducta violenta de sus parejas. Lo que unido a otras variables<sup>146</sup> explica la perpetuación en el tiempo de relaciones evidentemente insanas. Pero una vez que ha surgido el primer episodio de maltrato, y a pesar de las muestras de arrepentimiento de los agresores, la probabilidad de nuevos episodios (y por motivos cada vez más insignificantes) es mucho mayor. De tal manera, rotas las inhibiciones relacionadas con el respeto a la otra persona, la utilización de la violencia como estrategia de

<sup>142</sup> En cuanto a estos vínculos, y ámbito al que se extienden éstos procede remitirse a lo ya indicado en relación a las víctimas.

<sup>143</sup> ECHEBURUA ODRIOZOLA, Enrique: “Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja”, en Isabel Tena Franco (comp.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II- 2005. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 159-166.

<sup>144</sup> Déficit de habilidades de comunicación y de solución de problemas y conflictos.

<sup>145</sup> Tales como situaciones de estrés, consumo de alcohol o sustancias tóxicas, celos, etc.

<sup>146</sup> La dependencia emocional o económica, presencia de hijas o hijos menores, presión social, el miedo al futuro, entre otras.

control de la conducta se hace cada vez más frecuente. Así, el sufrimiento de las mujeres, lejos de constituirse en un revulsivo de la violencia, y en suscitar una empatía afectiva, se constituye en un disparador de la agresión. En la mayoría de los casos, los episodios de malos tratos comienzan en los inicios del matrimonio o relación de pareja estable, e incluso durante el noviazgo, siendo las agresiones en los primeros momentos de la relación un claro predictor de futuros episodios de maltrato físico o psíquico.

Otra característica de los maltratadores, que enseña la experiencia, es la actitud de negación de estas conductas, utilizando estrategias elusivas de la responsabilidad, tales como buscar excusas, alegar que se trata de problemas familiares, o que lo que ocurre es lo normal y que estas cosas pasan en todas las familias<sup>147</sup>, quitando importancia a las consecuencias negativas de esas conductas para las víctimas.

Por ello es necesario tratar psicológicamente a los agresores, lo cual no significa, obviamente que éstos no sean responsables y merecedores de medidas punitivas adecuadas, ya que hay muchos hombres violentos que son responsables de sus conductas, aunque algunos de ellos presentan limitaciones importantes en el control de los impulsos, ya sean motivados por circunstancias externas tales como abuso de alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes, etc. o por causas endógenas, tales como sistemas de creencias, habilidades de comunicación y de solución de problemas, celotipias, etc. Por ello el control psicológico puede resultar necesario y útil para, controlando el problema actual, evitar reiteración de conductas en el futuro, y este tratamiento debe encaminarse, fundamentalmente, a hacerle comprender lo dañino de su conducta respecto de la víctima (habilidades de empatía) propiciando una motivación para el cambio. Y ello, de forma complementaria al tratamiento penal y penitenciario de los condenados por estos hechos<sup>148</sup>.

Además, desde el punto de vista de las víctimas también resulta útil y conveniente estas medidas de tratamiento psicológico por cuanto en un gran número de casos la convivencia o la relación de pareja no se rompe por la interposición de las denuncias, por lo que, además de prestar esta clase de ayudas a las víctimas, si se complementa con la ayuda psicológica a los victimarios se está dando un tratamiento integral a cada caso en particular, impidiendo además que la violencia se extienda a más miembros de la familia. Y aunque es evidente que esto no supone la solución al fenómeno global de la violencia contra las mujeres a nivel de toda la sociedad, dado que no ataca a las raíces de esta forma de violencia, al menos resulta reparadora de injusticias concretas y además puede resultar preventiva<sup>149</sup>, habida cuenta que en la medida que disminuya el número de hombres violentos contra sus parejas, también lo hará la violencia futura. Esto conlleva que el efecto colateral sería la

<sup>147</sup> También se utilizan otros argumentos tales como que es la manera de conseguir las cosas con ellas, que fue ella quien provocó, que los son se faltaron el respeto mutuamente o que ya no recuerda lo sucedido, entre otros.

<sup>148</sup> Y es que al margen de las funciones que se atribuyen a las medidas penales, retributiva, ejemplarizante y protectora de la sociedad, no se puede prescindir de su función prioritaria de reeducación y reinserción social de los infractores, conforme establece el artículo 25.2 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria.

<sup>149</sup> Y es que por lo general el maltratador no va a entrar en prisión, al menos si no es reincidente, dada la duración de las penas privativas de libertad a imponer, generalmente inferior a los dos años de prisión, por lo que se suele conceder al suspensión provisional del cumplimiento de la pena, y si entra en prisión va a ser por períodos breves de tiempo, por lo que con estas medidas se evitarían conductas revanchistas respecto de la denunciante o, incluso, respecto de terceras personas que hayan podido coadyuvar a la condena.

interrupción de la cadena de transmisión intergeneracional y aprendizaje observacional de la violencia por parte de los hijos, lo que, en suma contribuiría a la superación de los paradigmas impuestos por la sociedad patriarcal de dominación de las mujeres mediante el recurso del uso de la fuerza.

**b) Tratamiento penal y penitenciario otorgado en el ordenamiento jurídico español a los maltratadores: la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y la sustitución de las penas de prisión.**

Se tratará en este punto de las peculiaridades de las alternativas a la privación de libertad para los condenados por delitos de violencia de género después de los cambios introducidos por las leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica las 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, la 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género<sup>150</sup>, y 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica las LO 10/1995. De tal manera que la determinación de qué delitos cabe incluir bajo la expresión de violencia de género reviste especial importancia desde el momento en que la normativa aplicable lo es, de acuerdo con su tenor literal, a los delitos relacionados con la violencia de género<sup>151</sup>.

En este punto conviene resaltar que nos encontramos ante un régimen especial<sup>152</sup>, ya que a diferencia del régimen común, las alternativas a la prisión para condenados por delitos relacionados con la violencia de género prevén la obligatoria imposición de reglas de conducta basadas en la protección de las víctimas, a través de prohibiciones de aproximación y comunicación<sup>153</sup>, y en el tratamiento a los maltratadores, además de recoger un catálogo de penas sustitutivas del previsto con carácter general.

Por otro lado, también resulta excepcional la imposición obligatoria de un tratamiento terapéutico para los penados siempre que se opte por la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o por su sustitución<sup>154</sup>, a diferencia de lo que sucede en el caso de los

<sup>150</sup> Ley que ha introducido por primera vez en la legislación española la perspectiva de género, tanto en el Derecho Penal como en la legislación penitenciaria.

<sup>151</sup> Expresión utilizada en los artículos 83.1 párrafo último y 88.1 párrafo último del Código Penal.

<sup>152</sup> Como hace FARALDO CABANA, Patricia: “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. LA LEY, 2011, Madrid, pp. 418- 424.

<sup>153</sup> Como ya se vio al tratar de las órdenes de protección, se trata de penas accesorias y de imposición obligatoria, y también como regla de conducta cuando se aplica una medida alternativa a la prisión o se sustituye la pena de prisión por otra pena de distinta naturaleza.

<sup>154</sup> Sólo se prevé algo similar en el régimen especial de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad para penados que hubiesen cometido los delictivos a causa de su dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas u otras que produzcan efectos análogos, en el que se condiciona la concesión a que se certifique suficientemente, por centro público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir la suspensión, que queda condicionada a que el reo no delinca durante

delincuentes alcohólicos o drogodependientes. Pese a esta situación, tanto la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena como la de la sustitución de las penas privativas de libertad, debe ir acompañada siempre de la regla de conducta consistente en la obligación de someterse a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

En cuanto al régimen especial de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a los condenados por delitos de violencia de género, con carácter general queda ésta condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por “*el Juez o Tribunal*”<sup>155</sup>. También durante ese plazo, y siempre que la pena suspendida fuese la de prisión, “*el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que haya fijado*” de entre los siguientes.

1. *“ Prohibición de acudir a determinados lugares.*
2. *“ Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.*
3. *“ Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.*
4. *“ Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.*
5. *“ Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales y otros similares.*
6. *“ Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona ”*<sup>156</sup>.

En el caso de comisión de los delitos relacionados con la violencia de género es obligatorio para la Jueza, el Juez o Tribunal condicionar en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup><sup>157</sup>.

Esta regulación es fruto de diversas modificaciones, siendo la primera la introducida por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modificó la LO 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, y que obliga a condicionar la suspensión de la ejecución de la pena por delitos tipificados en los artículos 153 y 173.2<sup>158</sup> al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1<sup>a</sup>

---

el período que se señale, que no abandone el tratamiento hasta su finalización, dando lugar el incumplimiento de cualquiera de estas dos condiciones a la revocación de la suspensión (artículo 87 del Código Penal).

<sup>155</sup> Conforme al artículo 80.2 del Código Penal.

<sup>156</sup> Artículo 83.1 del Código Penal.

<sup>157</sup> Según dispone el artículo 83 en el último párrafo de su apartado 1.

<sup>158</sup> Malos tratos no habituales y malos tratos habituales en el ámbito familiar.

y 2ª, ya expuestas más arriba, y se castiga el incumplimiento de estas prohibiciones, a las que se condiciona la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, con la revocación de la suspensión, lo que supone una excepción a la regla general según la cual solo “*si el sujeto delinquire durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena*”<sup>159</sup>. Mientras que “*si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes según los casos:*

- a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.*
- b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.*
- c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado”<sup>160</sup>.*

La redacción actual es fruto de la reforma operada en virtud de la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, que eliminó la referencia a “los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2” sustituyéndola por la expresión “delitos relacionados con la violencia de género”, además de introducir la obligación de imponer la condición prevista en la regla 5ª del artículo 83 del Código Penal. En esta misma reforma se modificó la redacción del tercer apartado del artículo 84, que pasa a establecer que “*en el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena*”<sup>161</sup>. Además, la LO 5/2010 ha modificado la regla 5ª para incluir los programas de defensa del medio ambiente y de protección de los animales.

De esta regulación se puede destacar que, por lo que se refiere al catálogo de obligaciones o deberes que se pueden o deben imponer al condenado, las cuatro primeras consisten exclusivamente en medidas de control carentes de cualquier contenido asistencial, y son: la prohibición de acudir a determinados lugares (de imposición obligatoria), prohibición de aproximarse a la víctima, o aquellos de sus familiares u otras personas que determine la Jueza, el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos (de imposición obligatoria), prohibición de ausentarse, sin autorización de la Jueza, el Juez o Tribunal del lugar donde resida (de imposición potestativa) y comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que estos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas (de imposición potestativa). Más sentido que la imposición de estas prohibiciones tiene la obligación de participar en programas formativos y similares<sup>162</sup>, que ya que permite incidir en las carencias que pueden haber llevado a la comisión del hecho delictivo y de esta forma evitar la reincidencia, y aunque se puede entender que están incluidos, si bien sería deseable que se hiciera una alusión expresa a programas específicos de

<sup>159</sup> Artículo 84.1 del Código Penal.

<sup>160</sup> Artículo 84.2 del Código Penal.

<sup>161</sup> El precepto no regula la tramitación que se ha de seguir para acordar la revocación de la suspensión, sin embargo, el respeto al derecho de defensa obliga a resolver, previa audiencia de las partes, mediante auto, tal y como se apunta en la Circular 1/2005 de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.

<sup>162</sup> En ese sentido FARALDO CABANA, Patricia: “Suspensión y sustitución de las penas privativas de...”, op.cit., pp. 428- 429.

reeduación y tratamiento psicológico de forma similar a la que ya se prevé en la sustitución de la pena.

En relación con la sustitución de la pena de prisión cabe señalar que el artículo 88 del Código Penal regula los requisitos para que se pueda acordar la misma, respecto de las penas que no excedan de un año de prisión y, excepcionalmente, que no excedan de dos, por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente. Así, el artículo 88.1 señala en su último párrafo que “*en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima*”.

El anterior precepto es fruto de varias modificaciones, así la LO 1/2004 modificó el régimen especial de sustitución que había introducido por la LO 15/2003, que se refería únicamente a los casos de condena por el delito recogido en el artículo 173.2 del Código Penal<sup>163</sup>, prohibiendo sustituir la pena de prisión por multa, debiendo emplearse siempre como pena sustitutiva la de trabajos en beneficio de la comunidad, estando obligada la autoridad judicial a imponer dos reglas de conducta: la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, y prohibición de acudir a determinados lugares<sup>164</sup>. Además la LO 5/2010 de 23 de junio, añade como pena sustitutiva, que puede ser empleada en la sustitución de la pena de prisión impuesta a condenados por violencia de género, la localización permanente, respecto de la cual se puntualiza que ha de cumplirse en “lugar distinto del domicilio de la víctima”.

El fundamento del régimen especial para condenados por este tipo de delitos, consistente en impedir la sustitución de la pena de prisión por la de multa, está en la tutela de los intereses económicos de las víctimas por cuanto que la multa afectaría a la capacidad económica de la unidad familiar y no solo la del autor, por lo que no se considera adecuado imponerla. Además, otra explicación sería que, al limitarse por el precepto el arbitrio judicial, se pretendería mejorar las posibilidades de resocialización del condenado, ya que el trabajo en beneficio de la comunidad puede tener un efecto más rehabilitador que el pago de una multa, aunque el precepto ya prevé la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico<sup>165</sup>.

Por otro lado, la previsión de una alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad tiene en cuenta que esta pena solo puede imponerse con el consentimiento del penado<sup>166</sup>, consentimiento que deja de responder a una voluntad real cuando la única alternativa es el cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta, y no de otra pena de distinta naturaleza, como ocurría antes de la reforma operada por la LO 5/2010. En todo caso, el éxito de esta pena sustitutiva depende en buena medida de su aceptación por parte de las personas

<sup>163</sup> Delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar.

<sup>164</sup> Artículo 88.1 último párrafo *in fine* del Código Penal.

<sup>165</sup> FARALDO CABANA, Patricia: “Suspensión y sustitución de las penas privativas de...”, *op.cit.*, pp. 441- 442.

<sup>166</sup> Conforme dispone el artículo 49 del Código Penal.

operadoras jurídicas y del resto de la ciudadanía, incluyendo los grupos de apoyo a las víctimas de la violencia de género.

En cuanto a la localización permanente, como alternativa a los trabajos, en principio podría reprochársele su carencia de efectos resocializadores, además, la mención expresa a que se cumpla en “domicilio distinto y separado del domicilio de la víctima” resulta redundante dado que es obligada la imposición de las prohibiciones de aproximación y comunicación con la víctima como reglas de conducta. En atención a lo anterior, no queda claro si la limitación de la localización permanente como pena sustitutiva de las penas de prisión de hasta seis meses en el régimen general también alcanza al especial para la violencia de género<sup>167</sup>, por cuanto que en estos casos se reconoce la peligrosidad del condenado, lo que podría resultar contradictorio con la concesión de la sustitución.

En todo caso, la aplicación conjunta de una pena sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad, o de una localización permanente y de la obligación de someterse a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico permite ofrecer una verdadera alternativa a la privación de libertad que posibilitaría incidir en la causa de los malos tratos.

Por lo que respecta al control del cumplimiento de la pena sustitutiva de trabajos en beneficio de la comunidad, se aplica lo dispuesto por el artículo 7.2 del Real Decreto 515/2005, pero no está claro si en caso de tener que revocar la pena sustitutiva de trabajos por incumplimiento, deba descontarse de la pena de prisión inicialmente impuesta, la parte de tiempo a que equivalgan las jornadas realizadas, ya que el artículo 88.2 del Código Penal alude únicamente al “abono de las cuotas satisfechas”, lo que se refiere a las cuotas de multa, pero no a las jornadas de trabajo.

Finalmente, cabe destacar que el Código Penal no atribuye ninguna consecuencia específica al incumplimiento de las reglas de conducta que hayan podido imponerse junto con la pena sustitutiva, ni distingue entre reglas de imposición obligatoria o potestativa, pero podría pensarse que un incumplimiento de parte de la pena sustitutiva daría lugar a su revocación con el consiguiente regreso a la pena inicialmente impuesta, pero la falta de previsión de consecuencias del incumplimiento de las reglas de conducta conlleva que este incumplimiento no pueda ser sancionado de ningún modo.

En todo caso, no hay que olvidar que, pese a todos los tratamientos que se puedan aplicar y todas las medidas de protección a las víctimas que se tomen, siempre habrá un número más o menos elevado de agresores reacios a todo cambio de conducta, frente a los cuales es de vital importancia tratar de detectarlos cuanto antes y desarrollar formas de intervención que maximicen la seguridad de las mujeres<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Además añade el artículo 88.1 del Código Penal que “en estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código”.

<sup>168</sup> No solo consistentes en mecanismos de índole penal o penitenciaria, sino también asistenciales, educacionales, sociales, etc.

## CONCLUSIONES

Como ya se ha indicado anteriormente y se ha ido estudiando a lo largo de este trabajo, su objeto de estudio es la violencia contra las mujeres ejercida por quienes son o han sido sus cónyuges o personas con las que mantienen o han mantenido relación de análoga afectividad a la conyugal, abarcando el estudio de este fenómeno desde el punto de vista del Derecho Penal español vigente.

Como ya se ha visto, el primer capítulo se ha centrado en su consideración dentro del marco legal actual, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, analizando los principios que inspiran dicha regulación a la luz de:

- la doctrina de diversas autoras y autores, que han sustentado criterios dispares y en gran parte muy críticos con la nueva regulación legal;
- la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha venido a disipar cualquier duda sobre la constitucionalidad de las medidas penales reguladas por la referida Ley;
- las Circulares de la Fiscalía General del Estado, que vienen a establecer la forma de actuación ante los casos de violencia de género que deben seguir las personas integrantes del Ministerio Fiscal.

Se realiza, así mismo, un examen de los diversos tipos penales que se encuentran tipificados en el Código Penal vigente, regulación derivada de las diversas reformas seguidas en la materia y que han culminado con la LO 1/2004. Para concluir analizando la diferencia de la violencia de género o contra las mujeres de la llamada violencia doméstica, debiendo entenderse que responden a etimologías diversas, si bien no deja de ser cierto que hay supuestos legalmente considerados como violencia doméstica que responden a la misma causa basada en la desigualdad social de hombres y mujeres, pero que la vigente regulación no ha incluido en su ámbito de aplicación<sup>169</sup>.

El segundo capítulo ha estudiado el marco relacional y subjetivo en el que surge la violencia de género o contra las mujeres, que no es otro que la relación matrimonial o de análoga afectividad a ésta, ya presente ya pretérita, con convivencia o sin ella. En cuanto a las personas intervinientes en los actos de violencia de género se trataría de aquellas que se hallan incurso en las relaciones antedichas<sup>170</sup>. Se ha prestado especial atención a las víctimas, desenmascarando los tópicos que se han construido en torno a éstas entre las personas operadoras jurídicas. En particular destaca el tópico de las “mujeres instrumentales”, así denominadas aquellas de las víctimas que mediatizan la

<sup>169</sup> Como las agresiones de padres a hijas, hijos a sus madres, hermanos a hermanas, etc.

<sup>170</sup> Víctimas son siempre las mujeres y autores los hombres, no entendiéndose comprendidos en estos supuestos los casos de parejas del mismo sexo.

vía penal para obtener otros fines diversos al ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado:

- Se las censura que tras formular denuncia soliciten ayudas económicas, pero olvidando que no tendrían acceso a las mismas sin el cumplimiento del requisito previo de formular precisamente esa denuncia penal;
- Se las reprocha que esa denuncia sea un medio para “quedarse con el piso”, resultando que estadísticamente es mayor el número de personas que interponen denuncias penales por actos de violencia de género entre aquellas que no mantienen una situación de convivencia, por lo que difícilmente podrían pretender quedarse con ese “piso”;
- Además, se habla de un gran número de denuncias falsas olvidando que son escasos los pronunciamientos condenatorios por dicho delito entre las víctimas de violencia de género, y se criminaliza a todo un colectivo de víctimas por este pequeño número de denuncias por hechos que no han acaecido<sup>171</sup>.

También se analiza la importancia de la intervención de las víctimas a través de la denuncia o la solicitud de orden de protección, con la problemática que conlleva la obligatoriedad de imponer éstas medidas protectoras como pena accesoria aun contra la voluntad de las víctimas.

Otra cuestión relacionada con la anterior es la de la dispensa legal que asiste a las mujeres víctimas de violencia de género de declarar contra sus cónyuges o personas a las que hayan estado unidas por relación de análoga afectividad, consagrada por el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispensa cuyo acogimiento se las reprocha, sobre todo cuando se debe dictar un pronunciamiento absolutorio, pero sin reparar en la incapacidad de la judicatura y fiscalía de averiguar la realidad de los hechos delictivos por otros medios que no sean la declaración de las víctimas, achacándose, una vez más, a las mujeres lo que no son sino disfunciones del servicio público de administración de Justicia.

Se completa el estudio con aspectos referentes a la autoría, su definición y necesidad de tratamiento psicológico a los maltratadores, así como el tratamiento penal y penitenciario que se les otorga en los sistemas penal y penitenciario español.

En relación a la vigente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, estudiada en su globalidad, se puede concluir que la misma es una especie de ley reformadora de leyes que, al ponerse en marcha, activa diversas leyes dirigidas a penetrar e incidir en el terreno de las causas de la violencia de género contra la pareja o ex pareja. En efecto esta es su vocación y la causa que justificó su aprobación por las Cortes Generales. Realiza la Ley un diagnóstico sobre las diversas causas que provocan la violencia contra las mujeres por parte de sus maridos o personas con las que mantienen análoga relación de afectividad, y ello con la finalidad de ponerles fin.

---

<sup>171</sup> Cualquier persona que se dedique a la praxis del Derecho Penal es conocedora de que hay gran número de denuncias falsas entre las supuestas víctimas de accidentes de tráfico, a título de ejemplo, y ello con la finalidad de lograr ser indemnizados por las compañías aseguradoras, pero a nadie se le ha ocurrido reprochar a todo el colectivo de personas que denuncian siniestros de tráfico de que lo hagan falsamente.

En ese sentido, al redactar y aprobar esta ley las Cortes Generales fueron conscientes de la importancia del factor cultural, por lo que la ley modifica leyes de educación, con el objetivo de que las nuevas generaciones crezcan en valores de igualdad y en técnicas de resolución pacífica de conflictos, por lo que personas expertas en la perspectiva de género deben cuidar de que se cumplan estos valores. También fueron conscientes de que, a pesar del mensaje formal y constitucional de igualdad entre mujeres y hombres, se siguen transmitiendo estereotipos de mujeres “objetos” y mensajes denigrantes para la condición femenina, por lo que activa la ley la modificación de la publicidad y permite que Asociaciones de Mujeres o el Ministerio Fiscal puedan solicitar el cese de la divulgación del mensaje vejatorio<sup>172</sup>.

Igualmente fueron conscientes las Cortes de la dificultad de las mujeres sin recursos para romper las dependencias económicas o de otra índole respecto de sus cónyuges violentos, por lo que ofrece ayudas cuando les resulta difícil incorporarse al mercado de trabajo, ya que muchas de estas mujeres han dedicado un número importante de años de su vida al cuidado y atenciones de la familia y en algunos casos no han podido recibir formación profesional alguna y en otros casos han visto como quedaban sus habilidades obsoletas. Por ello se hace precisa la coordinación institucional, así como el refuerzo de las instituciones a fin de detectar la realidad y envergadura de este problema.

En el campo de la respuesta judicial, ante el problema de coordinar las respuestas de los distintos órganos judiciales, optó la ley por crear juzgados especializados que conocen de la violencia que los hombres ejercen sobre las mujeres con las que tienen o han tenido vínculo matrimonial relación de análoga afectividad<sup>173</sup>, que son los denominados “*Juzgados de Violencia sobre la Mujer*”.

Esta ley ha sido definida como ambiciosa en medidas y objetivos, de lo cual fueron también conscientes las Cortes Generales al establecer en la propia ley que cada tres años ha de ser evaluada su eficacia, porque la propia sociedad reclama leyes transformadoras de la realidad y que avancen en la democracia y no leyes meramente retóricas<sup>174</sup>. Además de la referida evaluación, precisa la ley de la suficiente atención presupuestaria que cubra los costes económicos que generan la formación de profesionales, sensibilización de la sociedad, creación y mantenimiento de los “*Juzgados de Violencia sobre la Mujer*”, que además del personal habitual de los órganos judiciales deben contar con personal auxiliar como Equipos Psicosociales, etc., que suponen costes cuya cobertura debiera quedar garantizada en los Presupuestos Generales del Estado que anualmente se aprueban por las Cortes, y por las Comunidades Autónomas en sus ámbitos de competencia.

Las anteriores conclusiones se han formulado en el marco global de la novedosa regulación establecida por la Ley Orgánica objeto de este estudio, en cuanto al ámbito penal de la misma, que ha sido el objetivo concreto del trabajo. Cabe señalar que la idea de que el proceso penal es el

<sup>172</sup> Aunque la experiencia muestre que en muy pocas ocasiones han sido atendidas estas solicitudes.

<sup>173</sup> Cuya competencia se extiende a la instrucción de las causas penales por delitos y enjuiciamiento de las faltas cometidas en ese ámbito, así como el conocimiento de los procedimientos matrimoniales y de medidas sobre hijas e hijos no matrimoniales en que las partes se hallan incurso en procedimiento penal por delito de violencia de género.

<sup>174</sup> MONTALBAN HUERTAS, Inmaculada: “Ley Orgánica 1/2004,...”, *op. cit.*, pp. 326-327.

instrumento esencial para acabar con la violencia de género, y que las denuncias de los hechos que se formulen por las mujeres víctimas, sus familiares o de personas de su entorno (personas vecinas, amigas o simplemente que “pasaban por ahí” cuando el hecho se comete en la vía pública), siguen siendo imprescindibles si la sociedad quiere acabar con esta forma de violencia, pero aun así, se han revelado insuficientes<sup>175</sup>.

Así, por un lado las estadísticas reflejan que la labor de los poderes públicos para animar a la sociedad a denunciar estos hechos no ha tenido el éxito pretendido; y por otro, porque esos mismo informes ponen de manifiesto las dificultades con que las víctimas se encuentran para seguir adelante con el proceso penal contra sus agresores, las cuales les llevan en un porcentaje nada desdeñable a retirar sus denuncias o a acogerse a la dispensa legal de declarar contra sus agresores<sup>176</sup>. Y lo anterior, sin entrar a analizar que la complejidad del sistema procesal es ya de la suficiente envergadura como para que, en ocasiones, se les vuelva a preguntar si saben lo que están haciendo, lo que no hace sino introducir más confusión a la situación que padecen las víctimas, siendo esto también extensivo a las personas familiares de las víctimas que han decidido interponer denuncia por la situación que atraviesan estas mujeres.

Igualmente, la Ley Orgánica 1/2004 pretende ser una ley “integral”, esto significa que tiene vocación reguladora de la materia sobre la que recae su regulación, desde todas las perspectivas. Sin embargo, y desde el punto de vista del Derecho Penal, ese carácter integral no siempre se mantiene, así se puede citar a título de ejemplo que la regulación de las medidas judiciales de protección no se ha trasladado a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras que a las reformas de la tutela penal de la violencia de género se han incorporado únicamente algunos preceptos concretos correspondientes al Código Penal<sup>177</sup>.

Las medidas de protección para las víctimas de la violencia de género vienen a coincidir con otras semejantes, e incluso se podría afirmar que idénticas, ya existentes en nuestro sistema legal, para las víctimas de violencia doméstica. De ese modo, al mantener las primeras en la LO 1/2004 se dificulta la interpretación de las nuevas previsiones, ya que no se sabe bien si, en caso de lagunas legales en violencia de género, es preciso acudir a lo previsto para la violencia doméstica, o si la tutela reforzada que pretende la Ley para la violencia de género debe prevalecer sobre cualquier otra consideración. Ante esta ambigüedad, es preferible dar una respuesta conciliadora con el sistema procesal establecido<sup>178</sup>.

En relación a las medidas de protección penales que se pueden acordar al amparo de la ley analizada en este trabajo, se puede destacar que, entre las escasas aportaciones que hace la ley en

<sup>175</sup> CATALINA BENAVENTE, M.ª Ángeles: “La denuncia en los casos de...”, *op. cit.*, p. 349.

<sup>176</sup> Se encuentran pues estas mujeres ante la situación paradójica de que se le informa de forma constante para que salga de la situación de violencia en que vive y para ello formulen denuncia contra sus agresores, pero una vez interpuesta, la Policía, Judicatura (en instrucción o ya en fase plenaria) les dicen que tienen derecho a no declarar contra sus agresores.

<sup>177</sup> Y tan solo a esos preceptos, no habiendo modificado por razón de tener como marco delictual la violencia de género tipos graves, tales como el homicidio, lesiones graves, agresiones sexuales e incluso malos tratos habituales.

<sup>178</sup> Así se pronuncia ARAGONESES MARTINEZ, Sara. “Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género”, en Luis Rodríguez Ramos (comp.): *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de Género*. Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 190-191.

esta materia, está la ampliación de la legitimación para solicitar la orden de protección a la Administración de la que dependan los servicios de atención y acogida a las víctimas. Así mismo, permite en el campo de las órdenes de alejamiento que la autoridad judicial autorice la permuta del uso de la vivienda familiar, permite el control de la medida mediante el uso de medios electrónicos<sup>179</sup>, y concreta algo que se venía haciendo en la práctica, determinando la distancia mínima que debe mantener el agresor con la víctima. Una novedad importante es la regulación expresa de la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, como medida cautelar.

En el orden civil, se establecen novedades de mayor alcance, como la posibilidad de acordar la suspensión de la patria potestad, de la custodia y del régimen de visitas como medida cautelar<sup>180</sup>, con independencia de que se siga procedimiento en la vía civil. Y estas medidas podrían ser incluso acordadas de oficio o a instancias de la Fiscalía cuando la autoridad judicial aprecie la existencia de una situación de riesgo extensiva a la descendencia de las víctimas de violencia de género.

Respecto al tratamiento de los maltratadores es éste una medida que debiera formar parte de la gama de respuestas posibles que se dan a los malos tratos, así, la experiencia muestra que cuando están bien financiadas y programadas este tipo de intervenciones, pueden ayudar a algunos hombres violentos a modificar su comportamiento. Esas medidas pueden jugar un papel significativamente importante como medidas a tomar en cuenta como alternativa a la pena de prisión en aquellos casos de malos tratos cuya entidad y severidad no garanticen la imposición de una pena privativa de libertad<sup>181</sup>. Sin embargo, en el actual estado de las cosas en nuestro país, para que esto puede ser factible, es necesario que se den los pasos adecuados para dotar a las alternativas al encarcelamiento de la infraestructura y recursos de los que ahora se carecen, y que limitan el uso de estas alternativas así como su eficacia, que además precisan de un esfuerzo inversor de calado, y de difícil consecución en el marco económico actual<sup>182</sup>.

Paralelamente a las cuestiones sobre las que versa este trabajo, surge otro grupo de cuestiones, que podrían ser objeto de posteriores estudios tratándolas de forma más amplia, y que son:

- en primer lugar, las relativas al planteamiento de las posibles reformas legales para acabar con los problemas técnicos existentes en la aplicación de la Ley integral (LO 1/2004); y
- en segundo lugar, el problema de la falsa neutralidad del Derecho Penal por lo que concierne a

<sup>179</sup> A los que se acude escasamente en la práctica y cuya utilización genera algunos problemas técnicos y logísticos.

<sup>180</sup> Medidas acertadas pero a las que no siempre se acude, por desgracia, y así lo confirman el elevado número de casos de padres que, aprovechando el ejercicio del derecho de visitas de sus hijas e hijos, atentan contra sus vidas como “castigo” o “venganza” contra las madres y ex parejas de los agresores. De tal modo, estas criaturas podrían ser también consideradas víctimas de la violencia de género.

<sup>181</sup> MEDINA ARIZA, Juanjo: “El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: consideraciones político criminales”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 206.

<sup>182</sup> Desde el punto de vista de la redactora de este trabajo, habida cuenta de la situación de recortes que se están llevando a cabo desde el actual Administración del Estado, es preferible que éstos se verifiquen sobre estas medidas más que sobre las favorables a las víctimas, cuyos intereses jurídicos (y si se permite la expresión) vitales, deben ser los preponderantes a la hora de su adecuada protección y financiación.

las situaciones en que las mujeres víctimas de violencia de género responden a sus agresores con otra agresión, y la inaplicabilidad de las eximentes de legítima defensa, estado de necesidad exculpante y la dificultad de la aplicación de la eximente de miedo insuperable, tal y como aparecen actualmente configuradas en el Código Penal y en la jurisprudencia.

Pues bien, respecto del primer grupo de cuestiones, esto es, las reformas legales que pueden ser adecuadas para solventar los problemas suscitados por la Ley Orgánica 1/2004, recaerían las mismas sobre la parte general del Código Penal, entre otras cuestiones, extendiendo la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, que en la actualidad no permite su aplicación a los supuestos en que no hay convivencia entre las personas concernidas por los hechos<sup>183</sup>. En la parte especial del Código Penal, sería interesante la reforma de los tipos penales vinculados a la violencia de género a fin de realizar precisiones en torno al concepto sociológico de “noviazgo” y la expresión “análoga relación de afectividad (a la conyugal), aun sin convivencia” de los preceptos penales a fin de ampliar el ámbito subjetivo dando mayor protección a todas las víctimas de la violencia de género. Sobre el delito de quebrantamiento de la pena o medida cautelar acordadas para la protección de las víctimas de violencia de género debiera regularse con mayor claridad y precisión la irrelevancia del consentimiento expreso o tácito de la víctima, y que éste no entrañara en ningún caso la responsabilidad penal para la persona ofendida. También sería conveniente establecer como una agravación, cuando concurra la circunstancia de ser las víctimas mujeres unidas a los autores por vínculo matrimonial presente o pretérito o que mantengan o hayan mantenido relación de análoga afectividad (a la matrimonial), en los supuestos de delitos cometidos contra la vida (homicidio, asesinato, etc.), contra la integridad física o moral (acoso), contra la libertad sexual (trata de personas a fin de someterlas a explotación sexual); e incluso hacer extensiva la agravación cuando el ataque se dirige por los mismos motivos contra descendientes, ascendientes o personas especialmente vulnerables con los que las mujeres tengan especial vinculación afectiva; delitos contra los bienes propios de las mujeres o animales domésticos propios de las mujeres, ya que en estos casos las mujeres son víctimas indirectas al dirigir los autores sus ataques contra esas personas, animales o cosas precisamente con intención de causar un dolor psíquico a las mujeres que menoscaba su seguridad, libertad e indemnidad<sup>184</sup>.

En el ámbito de las leyes procesales, debiera establecerse una regulación expresa que evite el ámbito de desprotección de las víctimas en el período comprendido entre la firmeza de la sentencia condenatoria penal<sup>185</sup>, y el inicio de la ejecutoria. Quizás sea aconsejable modificar las reglas que establecen la competencia objetiva de los “Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, extendiéndola a la instrucción de los delitos de quebrantamiento de condena o de medida cautelar

<sup>183</sup> La redacción vigente del precepto es del tenor literal: “*Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*”.

<sup>184</sup> En efecto la casuística nos muestra un número importante de supuestos en que los hombres realizan actos agresivos contra niñas, niños u otras personas especialmente vulnerables con los que las mujeres mantienen especial vínculo afectivo e incluso con animales que están en idéntica situación, u objetos materiales propiedad de las mujeres, bien por no atreverse a atacar directamente a éstas o como elemento intimidatorio a muestra de lo que les pueden llegar a hacer a ellas, e incluso como venganza cuando ellas deciden acabar la relación.

<sup>185</sup> Que extingue la duración máxima de las medidas cautelares de protección.

acordadas para la protección de las víctimas de violencia de género a fin de evitar pronunciamientos contradictorios ante la dispersión de la competencia<sup>186</sup>. También podría ser interesante el introducir como medida cautelar, además de las ya vigentes, la anticipación del tratamiento rehabilitador de imputados por delitos de violencia de género a la fase de instrucción, con proyección sobre la pena que en su día se impusiere<sup>187</sup>. Otras medidas reformadoras interesantes irían en orden a la desvinculación del proceso penal de los derechos laborales y demás acciones positivas contenidas en la LO 1/2004, con lo cual también se evitaría la “sospecha” que recae en la actualidad sobre las víctimas que acuden a estas medidas sociales tras la interposición de la denuncia<sup>188</sup>. Serían útiles y necesarias otras reformas legislativas en orden a la posible eliminación de las circunstancias atenuantes de confesión y reparación del daño en delitos de violencia de género; mejora de las previsiones de control telemático de las penas o medidas de prohibición de aproximación, entre otras diversas medidas perfeccionadoras del sistema legal actualmente vigente<sup>189</sup>.

Por lo que concierne al segundo grupo de cuestiones que podrían ser objeto de futuros estudios con carácter más exhaustivo, estos son, las referentes al problema de la falsa neutralidad del Derecho Penal por lo que concierne a las situaciones en que las mujeres víctimas de violencia de género responden a sus agresores con otra agresión, y la inaplicabilidad de las eximentes de legítima defensa o estado de necesidad exculpante, y la dificultad de la aplicación de la eximente de miedo insuperable, tal y como aparecen actualmente configuradas en el Código Penal.

Así, cabe hacer las siguientes observaciones: se ha venido afirmando desde la Teoría Feminista del Derecho Penal que éste, en la situación y estado actual de la cuestión, es sexista. Esta afirmación refleja una crítica a la existencia de normas discriminatorias y a su aplicación desigual. Por otro lado, esta crítica conlleva la exigencia de igualdad de trato en el Derecho penal, que en ocasiones se plasma en demandas de criminalización de determinadas conductas<sup>190</sup>, y en otras ocasiones en exigencias de despenalización de otras conductas que se consideran delito en un momento dado<sup>191</sup>. De tal modo, estas críticas han conllevado la reformulación de las normas penales que han pasado a ser expresadas de forma pretendidamente “neutral”. Sin embargo, la

<sup>186</sup> En la actualidad son competentes para la instrucción de las causas derivadas de dichos delitos los Juzgados de Instrucción ordinarios, excepto en los casos en que el quebrantamiento vaya acompañado de acto violento cometido contra la víctima, y en unidad de acto.

<sup>187</sup> Además serviría como medida educativa que podría ser más eficaz aun en caso de pronunciamientos absolutorios, dado su carácter eminentemente didáctico.

<sup>188</sup> En el capítulo 2º se trató sobre los tópicos existentes en torno a estas víctimas, en concreto el de las mujeres “instrumentales”.

<sup>189</sup> Sobre estas y otras medidas reformadoras se emitió Informe por el Grupo de Expertas y Expertos en violencia de género del Consejo General del Poder Judicial sobre problemas técnicos en la aplicación de la Ley Integral, elaborado en enero del año 2011, alguna de cuyas propuestas parece que van a ser introducidas en regulaciones anunciadas por el Gobierno, como por ejemplo la extensión de la medida de libertad vigilada a los condenados por delitos de violencia de género, una vez que hayan cumplido las penas privativas de libertad impuestas o las mismas se suspendan por cualquier otra causa

<sup>190</sup> Como cuando se exige la punición de conductas tales como la criminalización de ataques contra la libertad sexual de las mujeres dentro de las relaciones pareja.

<sup>191</sup> Como ocurrió en España con la despenalización del antiguo delito de adulterio.

experiencia nos demuestra que bajo esa perspectiva supuestamente neutral se oculta una interpretación de las normas desde el punto de vista masculino, tomando como referencia a los hombres, por lo que no puede llegarse a otra conclusión diferente que nos dice que “el Derecho Penal es masculino”. Y ello es así no porque las normas sean perfectas pero su interpretación no lo sea, sino porque estas normas y su interpretación no son sino un reflejo de la estructura social coexistente tanto en la fase de creación de la norma como en la de su aplicación. Para la constatación de estas afirmaciones no hay sino estudiar qué hace el Derecho Penal con las mujeres que, tras soportar en algunos casos durante largos años los malos tratos de sus parejas, se defienden o reaccionan contra ellos agrediendo a su vez.

Y ¿qué hace el Derecho Penal cuando las mujeres matan a sus maridos en las situaciones descritas en el anterior párrafo? Pues estima que en todos estos supuestos existe en las mujeres un dolo de muerte, esto es intención de matar con pleno conocimiento del significado de su conducta. Efectivamente, en casos de ejecución imperfecta del homicidio para la Judicatura resulta complicado determinar si los hechos son constitutivos de delito de lesiones consumado o de tentativa de homicidio, utilizando como criterio delimitador el arma utilizada, que si se considera que es peligrosa se estima como indicio del dolo de matar. Este criterio resulta ir en perjuicio de las mujeres ya que, por regla general, los hombres pueden matar con sus manos mientras que las mujeres no lo pueden hacer por meras razones físicas, por lo que están abocadas a utilizar métodos que requieren para su empleo de mayor reflexión o astucia. Otra idea es la de que el hombre “si quiere puede matar” y si no lo hace es “porque no quiere”, esto es, falta el dolo; mientras que en el caso de las mujeres cuando no logran matar es por ejecución imperfecta del hecho no por falta de dolo de muerte.

Otra segunda cuestión que se plantea es la concurrencia de la agravante de alevosía<sup>192</sup>, que cualifica al delito de asesinato que, en el actual código es una forma de homicidio agravado en razón a las circunstancias concurrentes, estimándose en la mayoría de las ocasiones que concurre la misma en el caso de muerte dada por mujeres a sus parejas hombres cuando utilizan, por ejemplo, sustancias venenosas para ello<sup>193</sup>. Así se estima que las mujeres matan cuando “el otro está desprevenido” lo que conlleva la aplicación del delito más grave, mientras que los hombres no necesitan que las mujeres estén desprevenidas ni indefensas para poder matarlas.

Esta falta de neutralidad en la aplicación de las normas de Derecho Penal se refleja en el caso de la estimación de la concurrencia de circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal. A título de ejemplo puede analizarse el supuesto de las circunstancias eximentes de legítima defensa y del estado de necesidad. Se formula la primera en el ordinal 4º del artículo 20 del Código Penal, según el cual está exento de responsabilidad criminal:

<sup>192</sup> Según el artículo 22. 1ª del Código Penal: “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido”.

<sup>193</sup> Tradicionalmente se ha venido considerando el veneno como “arma” típicamente femenina por la facilidad para obtenerlo, la circunstancia de ser las mujeres quienes normalmente se encargan de cocinar los alimentos, lo cual les da la ocasión para su utilización, y además aseguran la ejecución sin riesgo que pueda proceder de la defensa por parte del ofendido.

*“El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

**Primero.** *Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.*

**Segundo.** *Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*

**Tercero.** *Falta de provocación suficiente por parte del defensor”.*

El estado de necesidad aparece en el número 5º del mismo artículo 20 del Código Penal que establece la misma exención para:

*“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

**Primero.** *Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.*

**Segundo.** *Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*

**Tercero.** *Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”.*

En relación a estas circunstancias puede estimarse que la doctrina general de la legítima defensa y del estado de necesidad, aplicadas de forma pretendidamente objetiva, puede ser discriminatoria para las mujeres porque esa forma objetiva toma como referencia un grupo al que pertenece la víctima y los conocimientos que ésta dispone. En el caso de las mujeres maltratadas que matan sus maridos se llega de forma precipitada a la conclusión de que “podían haber hecho otra cosa”, esto es, usar un medio menos lesivo de defensa. Sin embargo en la mayoría de las ocasiones esos medios menos lesivos<sup>194</sup> no son una alternativa viable para las mujeres que se enfrentan a los hombres.

Se suele acudir en los casos descritos (mujeres maltratadas que matan sus parejas) a la estimación de la concurrencia en ellas de la eximente de trastorno mental transitorio<sup>195</sup>, pero estos casos debieran ser resueltos con el análisis de la legítima defensa (el ataque debe ser actual o

<sup>194</sup> Como usar los puños, por ejemplo.

<sup>195</sup> Definido en el artículo 20.1ª del Código Penal de la siguiente forma: “El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión”.

inminente) o del estado de necesidad (mujeres que reaccionan frente a un peligro continuado) antes de acudir al trastorno mental transitorio<sup>196</sup>.

Otra de las circunstancias eximentes de responsabilidad criminal cuya concurrencia tradicionalmente les suele ser negada a las mujeres que agreden a sus maltratadores es la de miedo insuperable que parece configurada legalmente por el número 6º del artículo 20 del Código Penal que exime de responsabilidad criminal “*al que obre impulsado por miedo insuperable*”. Y ante la falta de una concepción teórica firme sobre el fundamento y contenido de esta eximente, el Tribunal Supremo recurre a otras eximentes para llenarla de contenido elaborando una concepción del miedo más propia del trastorno mental transitorio o introduce requisitos de otras eximentes, con lo que se quiebra la tarea dogmática de la jurisprudencia.

Así, al trasponer las exigencias del trastorno mental transitorio se equipara el miedo insuperable a causa de inimputabilidad, próxima a la falta de acción al atribuirles el mismo fundamento. Esto trae como consecuencia la eliminación de la eximente de miedo insuperable debido a que, estando ya regulada la de trastorno mental transitorio, resulta superflua y restrictiva. En segundo lugar, otra consecuencia es la creación de una relación de especialidad entre ambas eximentes, cuya solución pasa por aplicar la especial (el miedo), y ello implica un grave atentado contra el principio de culpabilidad porque habría casos de inimputabilidad<sup>197</sup> que deberían castigarse si no se cumplieran los requisitos adicionales que plantea el miedo insuperable<sup>198</sup>.

La segunda línea jurisprudencial apunta la importación de los requisitos propios de la legítima defensa y del estado de necesidad<sup>199</sup> al ámbito del miedo insuperable, creando con ello una serie de zonas de interferencia entre estas eximentes que en un principio no existían, porque la jurisprudencia acerca el ámbito de las diversas eximentes al requerir requisitos comunes. El problema de esta segunda línea consiste en que, al introducir requisitos propios de otras eximentes<sup>200</sup> crea unas relaciones de interferencia con las eximentes de donde tales requisitos proceden, por lo que resultaría difícil imaginar algún caso en que exista el miedo insuperable y no exista alguna de las otras eximentes, y en ese caso habría que dilucidar cual se va a aplicar. De esta forma el Tribunal Supremo crea unas relaciones concursales entre eximentes que no son aceptadas por la dogmática penal ya que esto implica incorporar requisitos propios de una eximente a otra.

Concretamente aplicado esto a las situaciones en que las mujeres reaccionan frente a los causantes de las amenazas o el miedo (sus parejas hombres) resulta si cabe aún más visible, pues si se exigiera que el peligro fuera inminente o actual no se suscitaría la duda de si se aplica la eximente de legítima defensa. En consecuencia la aplicación de estas líneas jurisprudenciales

<sup>196</sup>En ese sentido, LARRAURI PIJOAN, Elena: “Violencia Doméstica y Legítima Defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho”, en Elena Larrauri y Daniel Varona: *Violencia Doméstica y Legítima Defensa* (comp.). EUB, S.L., Barcelona, 1995, pp. 81-82.

<sup>197</sup> Grave trastorno psíquico que anula las facultades volitivas.

<sup>198</sup> La existencia de un mal igual o mayor.

<sup>199</sup> Inminencia, realidad del mal, posibilidad de otros medios de actuación y único móvil de la conducta.

<sup>200</sup> Como el de la actualidad o inminencia del peligro.

conlleva la inaplicación de la eximente sexta al sumarse las circunstancias, por lo que la configuración del miedo como un trastorno mental transitorio y la exigencia de requisitos en principio extraños al miedo insuperable hacen sumamente difícil su aplicación<sup>201</sup>.

Por tanto, en los casos de mujeres maltratadas y sometidas a constantes abusos durante largo tiempo cabe preguntarse si les es exigible otro comportamiento del finalmente realizado<sup>202</sup>, y en caso de responder de forma negativa, se plantea la cuestión de si estaremos condenando a las mujeres al desempeño del papel de “mártir del hogar” o, en otro caso, al de desequilibrada a la que la locura llevó a una situación límite. Y según la línea jurisprudencial parecería que, con la configuración que se hace del miedo insuperable, sí les es exigible a las mujeres que desempeñen un papel de mártir familiar, soportando todos los abusos hasta que éstos les conduzcan a una situación de locura transitoria.

A tenor de lo expuesto, cabría plantearse que la solución al problema que suscita la interpretación del alto Tribunal sobre la circunstancia de eximente de miedo insuperable, debiera pasar por el estudio dogmático detallado de dicha eximente, para con ello lograr que recupere su autonomía, y esto como única forma de asegurar una aplicación correcta de la eximente. Otro efecto de lo anterior sería que de esta manera se haría posible obtener una respuesta a la pregunta de si se puede exigir a las mujeres que se encuentran en situaciones extremas de violencia de género una conducta propia de las mártires o por el contrario, admitir la posible capacidad de reacción acudiendo a vías de hecho sin tener que considerarlas por ello unas desequilibradas, aun considerando este desequilibrio como algo transitorio en sus vidas.

---

<sup>201</sup> Estas cuestiones han sido estudiadas por VARONA GOMEZ, Daniel: “La posición jurisprudencial acerca de la eximente de miedo insuperable en las situaciones de violencia doméstica”, en Elena Larrauri y Daniel Varona: *Violencia Doméstica y Legítima Defensa* (comp.). EUB, S.L., Barcelona, 1995, pp. 137-142.

<sup>202</sup> Fundamento para la doctrina mayoritaria del miedo insuperable.

## BIBLIOGRAFIA

ARAGONESES MARTINEZ, Sara. “Las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de violencia de género”, en Luis Rodríguez Ramos (comp.): *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de Género*. Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 163- 191.

ASENJO GONZALEZ, Begoña: “La UPV-EHU también repudia la violencia de género”, en Ixusko Ordeñana Gezuraga y Katixa Etxebarria Estankona: *Los Juzgados de violencia sobre la Mujer* (comp.). Tercera edición de las Jornadas “Justicia con Ojos de Mujer”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre de 2010), ARANZADI, Bilbao, pp. 27- 31.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: “Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley Integral”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. EDITORIAL LA LEY, 2011, pp. 63- 123.

CATALINA BENAVENTE, M. <sup>a</sup> Ángeles: “La denuncia en los casos de violencia de género”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. EDITORIAL LA LEY, 2011, Madrid, pp. 303- 351.

COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, Miguel. “La discriminación positiva en el ámbito penal”, en María Eugenia Alegret Burgués (comp.): *La discriminación Positiva*. Manuales de Formación continuada, 35-2005, Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 277- 332.

COMAS D’ARGEMIR I CENDRA, Montserrat: “Poder Judicial y violencia doméstica ¿qué hemos logrado? ¿Qué debemos hacer?”, en Isabel Tena Franco (comp.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II- 2005. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 13- 51.

ECHEBURUA ODRIOZOLA, Enrique: “Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja”, en Isabel Tena Franco (comp.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II- 2005. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 157- 178.

ETXEBARRIA GURIDI, José Francisco: “La prueba en el proceso de violencia de género”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. LA LEY, 2011, Madrid, pp. 353- 412.

FARALDO CABANA, Patricia: “Suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad para condenados por violencia de género. La situación tras la reforma de 2010”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. LA LEY, 2011, Madrid, pp. 413- 453.

GAMINDE MONTOYA, Ángel: “Violencia sobre la Mujer (una ley apresurada, la 1/2004)”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 147-156.

GARATE ZUBIZARRETA, Inmaculada: “Sobre la importancia de la voluntad de la víctima en el delito de violencia de género”, en Ixusko Ordeñana Gezuraga y Katixa Etxebarria Estankona: *Los Juzgados de violencia sobre la Mujer* (comp.). Tercera edición de las Jornadas “Justicia con Ojos de Mujer”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre de 2010), ARANZADI, Bilbao, pp. 147- 178.

GONZALEZ GARCIA, M.ª Pilar: “Amor, Género y Violencia en la Pareja”, en Raquel Castillejo Manzanares (comp.): *Violencia de Género, Justicia Restaurativa y Mediación*. LA LEY, 2011, Madrid, pp. 47- 62.

JAEN VALLEJO, Manuel. “El cumplimiento de las penas en materia de violencia de género (Alcance de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en materia de suspensión y sustitución de penas, y quebrantamiento de condena)”, en Luis Rodríguez Ramos (comp.): *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de Género*. Editorial Colex, Madrid 2005, pp. 63- 74.

LARRAURI PIJOAN, Elena. “*Criminología crítica y violencia de género*”. Editorial Trotta, Madrid, 2007.

- “Cinco Tópicos sobre las mujeres Víctimas de la Violencia de Género a los tres años de aprobación de la LOVG 1/2004 de 28 de diciembre”. Cuadernos de Derecho Judicial- Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pp. 9- 29.

- “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 157- 181.

- “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 12, 2003, pp. 271- 307.

- “Violencia Doméstica y Legítima Defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho”, en Elena Larrauri y Daniel Varona: *Violencia Doméstica y Legítima Defensa* (comp.). EUB, S.L., Barcelona, 1995, pp. 11- 88.

LAURENZO COPELLO, Patricia. “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en Fernando Pérez Álvarez (comp.): SERTA. *In memoriam Alexandro Baratta*. Editorial Aquilafuente, 67. Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 827- 844.

- “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de Género: valoración político criminal”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 91- 115.

- “La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 07-08, 2005), <http://criminet.ugr.es/recpc>. ISSN 1695.0194, pp. 1- 23 [Consulta: 10 de agosto de 2012].

LORENTE ACOSTA, Miguel, LORENTE ACOSTA, José Antonio, LORENTE ACOSTA, Javier, MARTINEZ VILDA, M. <sup>a</sup> Elena y VILLANUEVA CAÑADAS, Enrique. “Síndrome de agresión a la Mujer”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 02-07, 2000), <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc-02-07.html>, pp. 1- 9 [Consulta: 10-08-2012].

MANJON- CABEZA OLMEDA, Araceli. “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y Derecho penal. Algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en Luis Rodríguez Ramos (comp.): *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de Género*. Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 11- 62.

MAQUEDA ABREU, María Luisa: “La violencia de Género. Entre el concepto y la realidad social”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 08-02, 2006) <http://criminet.ugr.es/recpc> ISSN 1695-0194, pp. 1- 13 [Consulta: 10 de agosto de 2012].

MEDINA ARIZA, Juanjo: “El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: consideraciones político criminales”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 183- 207.

MONTALBAN HUERTAS, Inmaculada: “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección contra la violencia de género”, en Isabel Tena Franco (comp.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2005. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 277- 327.

- “*Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*”, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación, Madrid, 2003.

MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del Derecho Penal”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 04-09, 2002), <http://criminet.ugr.es/recpc-04-09.html>, pp. 1- 12 [Consulta: 10 de agosto de 2012].

NUÑEZ FERNANDEZ, José y REQUEJO NEVEROS, M. <sup>a</sup> Teresa. “Lesiones, Malos tratos, amenazas y coacciones en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en Luis Rodríguez Ramos (comp.): *Tutela Penal y Tutela Judicial frente a la violencia de Género*. Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 75- 118.

SANAHUJA, María. “Juzgados de Violencia sobre la Mujer”, en *La Ley de medidas de protección contra la violencia de género* (comp.). Cuadernos Penales de José María Lidón. Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 55- 69.

SERRANO ARGÜESO, Mariola: “Avances legislativos en la lucha contra la violencia de género. Logros y retos”, en Ixusko Ordeñana Gezuraga y Katixa Etxebarria Estankona: *Los*

*Juzgados de violencia sobre la Mujer* (comp.). Tercera edición de las Jornadas “Justicia con Ojos de Mujer”, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco- Euskal Herriko Unibertsitatea (Leioa, 25 de noviembre de 2010), ARANZADI, Bilbao, pp. 63- 89.

VARONA GOMEZ, Daniel: “La posición jurisprudencial acerca de la eximente de miedo insuperable en las situaciones de violencia doméstica”, en Elena Larrauri y Daniel Varona: *Violencia Doméstica y Legítima Defensa* (comp.). EUB, S.L., Barcelona, 1995, pp. 89- 144.

VELASCO NUÑEZ, Eloy: “La protección a las víctimas del maltrato en España y en Derecho comparado”, en Isabel Tena Franco (comp.): *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho Comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II- 2005. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2005, pp. 131- 155.

VICENTE REMESAL, Javier De: “La Teoría Jurídica del delito. El sistema Causalista. El sistema Finalista. Concepto y clases de delitos. Sujetos, tiempo y lugar de la acción”, en Secretariado de Jueces para la Democracia (comp.) *Derecho Penal y Procesal Penal*. Fundación Antonio Carretero. Centro de Estudios Jurídicos Adams. Madrid 2000, pp. 15- 34.

## **OTROS MATERIALES DOCUMENTALES UTILIZADOS.**

Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Protección integral contra la violencia de género.

Sentencia del Tribunal Constitucional n. ° 59/2008, de 14 de mayo.

Instrucción del Fiscal General del Estado, de fecha 10 de octubre de 2005.

Unidad de Valoración Forense Integral de Vizcaya [La experiencia de un año de funcionamiento, Guillermo Portero Lazcano].

Circular 1/2005 de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado.

Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, n. ° 639/2005, de 17 de noviembre de 2005, (JUR 2006/190249).

Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, de fecha 24 de junio de 2004.

Informe por el Grupo de Expertas y Expertos en violencia de género del Consejo General del Poder Judicial sobre problemas técnicos en la aplicación de la Ley Integral, enero del año 2011.

eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

NAZIOARTEKO  
BIKAINASUN  
CAMPUSA  
CAMPUS DE  
EXCELENCIA  
INTERNACIONAL



Ikasketa Feministak eta Generakoak  
Unibertsitate Mastera  
Master Universitario en  
Estudios Feministas y de Género