

## La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral\*

**María Luisa Maqueda Abreu**

*Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Granada*

Hece ya casi un año que entró en vigor en nuestro país la LO 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género. El relativo consenso que ha acompañado a no pocos aspectos de la ley, contrasta con la controvertida respuesta que siguen recibiendo la mayor parte de sus innovaciones en materia penal. Informes oficiales corrosivos<sup>1</sup>, varias cuestiones de inconstitucionalidad<sup>2</sup>, aceradas críticas desde la doctrina<sup>3</sup>, reprochan al nuevo le-

gislador el supuesto olvido de las mínimas exigencias de una intervención punitiva legítima a consecuencia de la infracción de garantías tan básicas como las que representan los principios de igualdad, de proporcionalidad o de culpabilidad<sup>4</sup>.

Es cierto que, en buena medida, esa actitud se explica por la tradicional resistencia que se deja sentir en numerosos sectores sociales ante el reconocimiento legal de una

\*Este trabajo, actualizado a fecha 18 de abril de 2006, se ha realizado en el contexto del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia "Análisis de la LO 1/2004 de Protección Integral contra la violencia de las mujeres desde una perspectiva de género" (SEJ 2005 - 064 / JURJ).

1 Como el del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, de 24 de junio de 2004, cuando la ley se hallaba en fase de anteproyecto. Véanse sus consideraciones críticas acerca de su posible inconstitucionalidad a causa de lo que califica como "frontal vulneración del principio de igualdad" y del principio de culpabilidad al consagrar "un derecho penal de autor que determina las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste" llegando a afirmar que la ley se adentra de lleno... en "la jurisprudencia del sentimiento", voluntarista, con predominio no tanto de lo normativo como de lo que se ha dado en llamar "el sano sentir del pueblo"...(i). Apartado 2 "Sobre la reforma del Código penal" (d), págs. 41 y ss.

2 Entre ellas, las primeras se refieren al art. 57.2 CP (Auto 167/2005, de 20 de mayo de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid) y el 136/2005, de 29 de junio del Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid) y a los arts. 153 y 171.4 CP (desde Murcia, uno de 29 de julio -PA. 305/05- y otra de 3 de agosto -PA. 574/05- de 2005). Otras cuestiones de inconstitucionalidad que, según la reciente información de COMAS D'ARCEMIR, llegan hoy a trece. *Diario El País* de 18 de marzo de 2006, pág. 17. Véase la detallada relación que ofrece QUERALT JIMÉNEZ, J.J. en su información jurisprudencial. [www.ub.edu/dpenal/](http://www.ub.edu/dpenal/).

3 En un primer momento, GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la 10.ª ed. del Código Penal de Tecnos*, Madrid, 2004, págs. 17 y ss. o "Los nuevos gestores de la moral colectiva". *Diario El Mundo*, 10 de julio de 2004. También, BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTÍN, M.A., "La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal" (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género). *Revista La Ley* n.º 6146, de 14 de diciembre de 2004, págs. 3 y 4. Más recientemente, se oponen frontalmente a las innovaciones penales de la ley, DEL ROSAL BLASCO, B. "La Política Criminal contra la violencia doméstica". *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 345 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J. "La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones". *Estudios Penales...*, cit., págs. 494 y ss. BOIX REIG, J. en BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCÍA (Coord.). *La nueva ley contra la violencia de género*. Tirant, 2005, págs. 20 y ss. Véanse asimismo, entre otras, las críticas de ACALE SÁNCHEZ, M. "Los nuevos delitos de mal trato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar". *Revista de Derecho Penal y Criminología* n.º 15, 2005, págs. 19 y ss. INIGO CORROZA, E. "Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre" en MUERZA ESPARZA (Coord.) *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la violencia de género*. Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 25 y ss., y DORCOY BIDASOLO, M. *Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes*. Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo. Thomson/Civitas. Aranzadi, 2005, pág. 1.233.

4 Argumenta fundamentalmente en contra de la lesión de esos principios, FARALDO CABANA, P. "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género". *Revista Penal*. La Ley n.º 17, Enero 2006, págs. 90 y ss.

realidad que parece tener la vocación de permanecer oculta? Prefiere hablarse de maltrato familiar o de violencia doméstica intentando eludir esa referencia tabú a la violencia de género, que es esa violencia que se dirige por los hombres contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, según la atinada definición del legislador de 2004, en tanto que manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder que tradicionalmente han ejercido sobre ellas. Una afirmación de partida contenida en la ley que, por sí misma, ha generado ya una agria polémica<sup>5</sup>. Si bien, hay que reconocer que existen otras razones de peso contra la ley que van más allá de ese persistente prejuicio y que tienen que ver con las soluciones legales que se proponen para combatir esa forma de violencia. Muchas de ellas han sido criticadas desde el propio movimiento feminista.

1. Desde esa perspectiva se cuestionan, por ejemplo, los límites que la ley se ha impuesto en el objeto de su regulación. Partiendo de una definición amplia –y correcta– de lo que deba entenderse por violencia de género, comprensiva de actos de violencia física y psíquica así como de cualesquiera atentados a la libertad, incluida su privación arbitraria y los ataques a la libertad sexual (art. 1.3 CP), su articulado restringe más adelante el campo de acción típico a sólo algunos de esos delitos –actos de maltrato no habitual (art. 153 CP), lesiones (art. 148.4 CP), amenazas y coacciones (arts. 171.4 y 172.2 CP)– y únicamente cuan-

do se producen en el contexto de una relación de pareja actual o pasada. La restricción es, pues, doble: frente a esas manifestaciones de violencia de género cuando transcurren en ámbitos distintos de la pareja y frente a cualesquiera otras distintas a las reguladas por la ley, que pueden ser tan graves como las agresiones y abusos sexuales, la detención ilegal, el acoso sexual, la trata de mujeres o las mutilaciones genitales<sup>7</sup>.

La crítica es razonable. Pero pueden encontrarse argumentos capaces de justificar esa decisión legislativa. Piénsese que la pareja representa un ámbito de riesgo relevante no sólo ya por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, además, porque constituye un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer una posición de dependencia, vulnerabilidad y subordinación a la autoridad masculina<sup>8</sup>. Es explicable, pues, que la acción tutelar de la ley se limite a ella.

También lo es –o por lo menos, puede serlo– que la selección de conductas para las que reserva un régimen agravatorio específico sean las que constituyen las formas más estrictas de maltrato. Son esas infracciones las que representan los atentados violentos más comunes frente a la mujer, donde la desprotección era mayor por la benignidad de las penas. Lo reconocía, en su Circular nº 4/2005, la Fiscalía General del Estado cuando afirmaba que “el

<sup>5</sup> Ampliamente, MAQUEDA ABREU, M.L. “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 08-02. 2006, págs. 02:1 - 02:13. [http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc\\_08-02.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc_08-02.pdf). También LAURENZO COPELLO, P. “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”. *Jueces para la Democracia* nº 54, noviembre de 2005, págs. 21 y ss., 29 y ss. FARALDO CABANA, P. “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal...”, cit., pág. 81. Se refiere asimismo a esa resistencia social, como un elemento común a todos los países considerados “avanzados”, ASÚA BATARRITA, A. “las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ambiente de la pareja en la legislación española”, <http://info.juridicas.unam.mx>, pág. 2.

<sup>6</sup> Véanse su exposición de motivos y su artículo primero. El citado informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL califica esta definición de “ideologizada” y propone otra “sin connotaciones de intencionalidad ni de tipo sociológico”, pág. 32. Críticamente también REY MARTÍNEZ, F. “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”. *Teoría y Realidad Constitucional*. N.º 14. 2.º Semestre. 2004. Nota 1, pág. 513.

<sup>7</sup> En ese sentido, DURÁN FEBRER, M. “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” en la *Revista Artículo 14. Una perspectiva de género*. Instituto de la Mujer. Número 17. Diciembre de 2004, pág. 12. En la doctrina penal, se pronuncian también en ese sentido, entre otros, COMAS D'ARGEMIR, M./QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “La violencia de género: política criminal y ley penal”. Libro Homenaje al Prof. G. Rodríguez Mourullo, cit., pág. 1.194; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”. *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso Español de Victimología*. Tirant. serie “Criminología y Educación Social”. Valencia. 2005, págs. 229 y ss.;

MORILLAS CUEVA, L. “Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres”, *Estudios Penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, cit., pág. 650.

<sup>8</sup> Por todos, ASÚA BATARRITA, A. “Los nuevos delitos de ‘violencia doméstica’ tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”. *Cuadernos Penales José María Lidón*. N.º 1. Universidad de Deusto. Bilbao. 2004, pág. 206. Lo admite asimismo la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en su Circular 4/2005 cuando afirma que es “en el ámbito de las relaciones afectivas en el que tradicionalmente se ha asumido una posición de desigualdad por condicionantes socioculturales”. Llama la atención, con todo, el olvido legislativo de los casos más graves de maltrato que se contemplan en el apartado nº 2 del art. 173, es decir, los que se acompañan de la nota de habitualidad, que permanecen intactos desde la reforma 11/2003. Críticamente, con razón, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. “El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153”. *Estudios Penales...*, cit., págs. 15 y ss. CASTELLÓ NICÁS, N. “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del art. 173.2”. *Estudios Penales...*, cit., pág. 213.

endurecimiento punitivo afecta fundamentalmente a aquellas conductas en las que con mayor frecuencia se expresa el comportamiento violento: delitos de maltrato simple, algunas lesiones, amenazas y coacciones leves..., por lo que cabe entender que el legislador ha(ya) querido reforzar la protección penal de las víctimas de la violencia de género frente a (esas) primeras manifestaciones de la espiral de violencia...".

No es verdad, de otra parte, aunque a menudo se nos quiera convencer de ello, que lo habitual —o lo que habitualmente se denuncia— es una bofetada, un arañazo o un empujón<sup>9</sup>. Los relatos de hechos de la mayoría de las sentencias nos hablan de muchas bofetadas, empujones, patadas, golpes o una paliza que en la gran mayoría de los casos no requieren atención médica o sólo una primera asistencia facultativa de modo que la solución penal aplicable antes de la ley integral, no iba más allá de una localización permanente de unos días o una multa (art. 617 CP), pese a tratarse de un atentado importante a la integridad personal de sus víctimas. Ahora, la pena puede ser más razonable si se atiende a las diversas posibilidades de elección que ofrece la ley<sup>10</sup>.

Además, existe un recurso posible para compensar esa imprevisión. Me refiero a la toma en consideración en esos casos no previstos por la ley de la agravante de pa-

rentesco del art. 23 CP, en la línea seguida por la STS 1162/2004, de 15 de octubre, bajo las indicaciones de la citada Circular 4/2003 de la Fiscalía General del Estado<sup>11</sup>.

II. Más criticable me parece esa otra decisión legislativa de ampliar el círculo de víctimas de estos delitos a esas "otras personas especialmente vulnerables que convivan con el autor", que pasan a disfrutar de un régimen privilegiado de tutela asimilable al de la mujer.

Como es sabido, ésta fue una concesión de última hora a los sectores más críticos con la ley para poder mantener sin modificaciones la cualificación penal ideada para cuando la víctima de los malos tratos, las amenazas y coacciones fuera una mujer, ligada a su agresor por un vínculo conyugal o afectivo análogo<sup>12</sup>.

Pero lo cierto es que, entonces, la protección penal que la ley integral otorga frente a los actos de maltrato dista mucho de ser sexuada en tanto que incluye a menores, incapacitados o ancianos independientemente de su condición sexual, por lo que mal se puede argumentar que estamos ante una muestra de discriminación positiva proscrita en el ámbito punitivo, como se pretende mantener a partir de las últimas cuestiones de inconstitucionalidad presentadas<sup>13</sup>. A ningún juez/a penal se oculta que esta clase de provisiones, supuestamente discriminatorias, no son extrañas al modo de operar del ordenamiento punitivo. Que

9 Como parece desprenderse de la cuestión de inconstitucionalidad cit., de 29 de julio de 2005, presentada por la magistrada de Murcia (PA.305/05).

10 Es doctrina del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, elaborada con motivo de la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juez de Instrucción del Juzgado n.º 1 de San Vicente de Raspeig mediante Auto de 21 de enero de 2004, que resulta finalmente inadmitida argumentándose que la reacción punitiva prevista en la ley no resultaba desproporcionada, como pretendía el recurso, dado que "no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados, sino que persigue una mayor protección de los mismos, ante la gravedad del problema de la delincuencia de que se trata y de la percepción de la escasa respuesta punitiva existente, lo que conlleva la desprotección de las víctimas...". Y, más adelante, refiriéndose a la flexibilidad de las respuestas punitivas que contempla la ley para reprimir esas conductas de maltrato, afirma que son "instrumentos de indudable trascendencia para adecuar la proporcionalidad de la sanción al caso concreto". En parecidos términos se pronuncia unos meses más tarde con motivo de otro auto, procedente de Valencia. Véase *Diario EL PAÍS* del 20 de septiembre de 2005.

11 También, en la doctrina penal, por todos, OLMEDO CARDENETE, M. "Hacia un nuevo fundamento de la circunstancia mixta de parentesco tras la reforma del art. 23 del Código Penal operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre". *Estudios Penales...*, cit., pág. 668.

12 "Cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia", dice el CÓDIGO PENAL en sus arts. 147.4, 153.1, 171.4 y 172.2. El origen de esta modificación legal puede encontrarse, en buena medida, en el citado Informe del Consejo General del Poder Judicial de 2004 que constituyó por entonces el ideario de las fuerzas más conservadoras de nuestro país. En especial, págs. 40 y ss. Véase asimismo la posición del Consejo de Estado acerca de este extremo de la ley en el comentario a su dictamen por parte de REY MARTÍNEZ, F. "Comentario a los informes del Consejo de Estado...", cit., págs. 521 y 522.

13 En la fundamentación de una de las cuestiones de inconstitucionalidad, afirma la magistrada "sólo la eliminación de la específica mención del sexo respecto de los sujetos permitiría superar eficazmente las reservas de constitucionalidad". Y continúa: "Para perseguir con severidad el maltrato conyugal, fenómeno cuya gravedad en ningún momento se niega, bastaba con agravar las penas sin distinguir sexos. Como resultado, un mayor número de hombres resultaría castigado en cuanto éstos son autores de estas conductas con mayor frecuencia estadística. Todo ello sin comprometer el derecho a la igualdad; todo ello sin necesidad de comprometer el principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho; todo ello sin riesgo para el derecho a la presunción de inocencia y todo ello sin riesgo de afectar la dignidad de la mujer" (PA. 305/05, pág. 56). En una línea similar, GONZÁLEZ RUS, J.J. cuando hace responsable a la perspectiva de género de esas dudas de constitucionalidad. "La constitucionalidad de la LO 1/2004...", cit., pág. 494. Sobre el concepto de "víctimas especialmente vulnerables", véase MORILLAS FERNÁNDEZ, D. "Víctimas especialmente vulnerables en el delito de violencia doméstica". *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 2002, págs. 123 y ss.

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...) <sup>14</sup> y que la mujer es una de esas víctimas propicias ante la violencia masculina, como lo demuestra el dato suministrado por la estadística judicial de que acapara el 91,1% de los casos de maltrato, lo que justifica que la ley le otorgue una protección preferente <sup>15</sup>.

Como en aquellos otros casos, carece de sentido que deba probarse en cada caso concreto su posición de vulnerabilidad en tanto que víctima de violencia de género, como desde diversos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia se pretende <sup>16</sup>, descartando el régimen legal agravatorio en los casos en que no se detecte una posición de prevalimiento y, por tanto, de abuso de poder por parte del agresor, como si éstos fueran un elemento subjetivo del tipo. Conforme a esa propuesta, la definición legal de la violencia de género contenida en el art. 1.1 de la Ley integral operaría como causa de restricción del tipo penal. El delito de malos tratos o lesiones (art. 153 CP) o los de amenazas y coacciones leves (arts. 171.4 y 172.2 CP) dejarían paso a las correspondientes faltas (arts. 617 o 620 CP) cuando no quedara acreditada "la voluntad de degradar, subyugar o dominar" a la víctima <sup>17</sup> o cuando "la con-

ducta desarrollada por el sujeto activo (no supusiera) un menosprecio de la mujer, como ser humano y su actuación (no obedeciera) a una situación de prevalimiento físico, económico o de algún otro tipo" <sup>18</sup>. Esta línea interpretativa ignora que esas circunstancias a las que alude la ley no son más que elementos definitorios de esa clase de violencia que llamamos violencia de género y no criterios destinados a valorar ánimo específico alguno por parte de quien la ejerce. Como señala la Circular 4/2005 de la FGE, se trata de "circunstancias que subyacen a una definición descriptiva de la violencia de género... al margen de cualquier referencia a elementos subjetivos o intencionales" del autor, tan difíciles de valorar en el caso particular <sup>19</sup>.

Pero es que, además, ese intento de contentar a todos ampliando el ámbito de protección de la ley a esas otras víctimas especialmente vulnerables tiene serios inconvenientes. No es que esas personas no resulten acreedoras de una protección cualificada. Lo son y la tienen reconocida en diversos espacios penales: en los delitos sexuales (arts. 180,3; 181,4; 182,2 CP), en los delitos patrimoniales (art. 235,4 CP) o en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis), por poner algunos ejemplos <sup>20</sup>. Lo que resulta inaceptable es que el instrumento de tutela sea una ley orientada a combatir la violencia de género <sup>21</sup>. Y las incongruencias se pagan porque muchas de las previsiones penales de la ley pierden su sentido cuando se buscan adecuar a quienes, ni siquiera,

14 Así, LAURENZO COPELLO, P. "El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: Valoración político-criminal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n.º 7. 2005, págs. 2 y 3. <http://criminet.ugr.es/recpci>. T, cit. Véase la extensa e interesante argumentación que desarrolla la autora para descartar la idea de una discriminación positiva -toda discriminación es negativa (nota n.º 58)- y alcanzar esas conclusiones, págs. 8 y ss. También ARROYO ZAPATERO, L. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Comisiones. A 2004. VIII Legislatura, n.º 70. Trabajo y Asuntos Sociales, 8 de septiembre de 2004, pág. 17.

15 Es un dato que ofrece el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 2004. La Circular 4/2005 de la FGE rebaja esa cifra para el año 2004 a un 90,2% del total de 99.111 denuncias presentadas ese año. Éste no es, de otra parte, un fenómeno exclusivo de España, como señala DE LA CUESTA ARZAMENDI refiriéndose a los feminicidios producidos en los últimos años. "De la política penal hacia una política victimológica...", cit., págs. 198 y ss. Más información en COMAS D'ARGEMIR, M./QUERALT JIMÉNEZ, J.J. "La violencia de género: política criminal...", cit., pág. 1.193.

16 En ese sentido, en la doctrina penal, BOLDOVA PASAMAR, M.A./RUEDA, MARTÍN, M.A. "La discriminación positiva...", cit., pág. 4; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. "De la política penal...", cit., pág. 239; COMAS D'ARGEMIR, M./QUERALT JIMÉNEZ, J.J. "La violencia de género: política criminal...", cit., pág. 1213, entre otros. Véase asimismo esta pretensión en la jurisprudencia, por todas, SAP de Valladolid, 75/2005, de 17 de marzo o de Zaragoza de 6/9/2005.

17 Cfr. SAP de Barcelona de 24/10/2005 y las sentencias que cita en su apoyo.

18 Cfr. SAP de Barcelona de 15/11/2005.

19 Como destaca también esta Circular, fue precisamente la intención de evitar ese tipo de interpretaciones lo que llevó al prelegislador, en la línea propuesta por los informes consultivos recibidos, a corregir la redacción anterior del texto del anteproyecto, sustituyendo su referencia finalista a la violencia de género como *instrumento para mantener* las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, por otra más objetiva de mera *manifestación* de las mismas. Comparte la idea de objetivar el concepto por razones de dificultad de prueba, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. "El delito de maltrato doméstico y de género...", pág. 25. Pese a reconocer que el intento de dominación no es un móvil subjetivo propone sin embargo servirse de él para limitar la pena, GONZÁLEZ RUS, J.J. "La constitucionalidad de la LO1/2004...", cit., págs. 497 y 500.

20 Lo reconoce expresamente el citado Informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, cit., pág. 17.

21 Esa ampliación de círculo de sujetos cualificados en base a la idea de vulnerabilidad tiene, en mi opinión, un precedente próximo en la última reforma penal 11/2003 cuando incluyó en el artículo 173, bajo los casos de violencia doméstica, esas otras situaciones análogas de convivencia ("por cualquier relación") o dependencia ("sometidas a custodia o guarda"). Tiene razón FARALDO CABANA cuando ve en esas iniciativas legales un intento de eludir la especificidad del fenómeno de la violencia contra la mujer,

tienen que pertenecer al círculo familiar del agresor: ¿Para qué las agravaciones por razón del domicilio o por quebrantamiento de una orden de alejamiento?, ¿para qué las propias órdenes de alejamiento o la prohibición del régimen de visitas o de ejercicio de la patria potestad...? Todas ellas encuentran su sentido en el contexto apropiado, que es el originariamente previsto por la ley.

Otra cuestión es que resulte políticamente aceptable reservar a la mujer, por el solo hecho de serlo, un régimen especial de tutela. Soy de la opinión de que la imagen de desvalimiento y debilidad que se transmite con esas medidas de tutela reforzada, no le hace bien a la causa de las mujeres<sup>22</sup>.

III. Otra de las medidas particularmente cuestionadas por los sectores más críticos con la ley, es la conversión de faltas en delitos. Me refiero a esas previsiones que llevan al Libro II del Código penal, como infracciones menos graves, las que por su relevancia no pasan de ser atentados leves a la integridad física o a la libertad genérica de sus víctimas, como refleja el contenido de los artículos 153, 171.4.º y 5.º o 172.2.º CP.

Ésta no ha sido, sin embargo, una innovación del legislador de 2004. A menudo se pierde de vista que la conversión de las faltas de maltrato y lesiones en delitos es obra de una ley anterior aprobada bajo el gobierno del PP que, por cierto, había adelantado también un régimen agravatorio para las amenazas leves con armas<sup>23</sup>. Me refiero a la ley 11/2003. Nuestro legislador no ha hecho sino ampliar la consideración de delito a todas las amenazas y coacciones leves. El espíritu es el mismo y descansa en una lamentable predicción del Consejo General del Poder Judicial realizada en un informe que evaluaba la realidad judicial existente en 1999 y que se publicó, por cierto, dos años más tarde, en 2001, impidiendo conocer los efectos beneficiosos de la acertada reforma de aquel año<sup>24</sup>. Debía entenderse, según la valoración del Consejo, que cualquier acto de maltrato, aún aislado, podía ser el germen de una violencia grave y continuada, que era la que se pretendía prevenir, debiendo elevarse las penas a través de su consideración legal como delito<sup>25</sup>. Al mismo tiempo, se pretendía corregir una práctica judicial desviada que, durante años, llevaba cualquier denuncia por la falta, sin in-

---

invisibilizándolo. "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal...", cit., pág. 81. Véase también LAURENZO COPELLO, P. "Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada", Serta. In memoriam Alexandri Baraita CISE / Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, págs. 835 y ss. GÓMEZ NAVAJAS, J. "La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173, del Código Penal". *Revista de Derecho y Proceso Penal* n.º 11. 2004, pág. 58.

22 Y a su idealismo pacifista y antiautoritario, como señala desde la doctrina penal española LAURENZO COPELLO, P. "El modelo de protección reforzada de la mujer...", págs. 17 y ss. Se refiere asimismo esta autora al riesgo de que esa protección reforzada de la mujer desde el Estado contribuya a "perpetuar la imagen de la mujer como ser desvalido asimilada a los menores e incapaces en demanda de la protección paternalista del Estado", pág. 17. Se trata del peligroso cliché de la mujer/víctima denunciado como uno de los efectos perversos del recurso al derecho penal por un sector relevante de la teoría feminista. Por todas, véase KARSTEDT, S. "Liberté, égalité, sororité. Quelques réflexions sur la politique criminelle féministe". *Déviance et Société*. 1992. Vol. 16. N.º 3, págs. 293 y 294.

23 Bajo la regulación de la Ley 11/2003, el antiguo artículo 153 CP se refería al que "por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratara de obra a otro sin causarle lesión o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos...". Para un comentario de este delito, véase por todos, LAURENZO COPELLO, P. "Los nuevos delitos de violencia doméstica...", cit., págs. 836 y ss.

24 Como destaca ASÚA BATARRITA, A. "Los nuevos delitos de 'violencia doméstica'...", cit., pág. 223. Sobre las importantes innovaciones de esa reforma, véase MAQUEDA ABREU, M.L. "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma". Libro Colectivo *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona 2001, pág. 1515 y ss.

25 El Consejo General del Poder Judicial afirmaba en su informe de 2001 sobre violencia doméstica que "la experiencia acumulada en los últimos años demuestra que, con frecuencia, las primeras agresiones que se producen en una misma familia, aparentemente carentes de verdadera gravedad por la inexistencia de un resultado material lesivo físicamente apreciable, son por ello calificadas inmediatamente como faltas, no adoptándose al respecto medida cautelar alguna en relación con el agresor, y tampoco otro tipo de medidas de protección de la víctima. Sin embargo, en muchas ocasiones, estas primeras agresiones, sólo en apariencia desprovistas de gravedad, llevan en sí el germen de la violencia, de una violencia moral que algunas veces tiene un reflejo físico evidente pero que, incluso en aquellas otras en que no se materializa en forma de golpes o lesiones, comporta una gravedad intrínseca apreciable, cuyas nefastas consecuencias se acaban manifestando con el tiempo... De lo anterior cabe deducir, continúa el Consejo, que las conductas que en nuestra legislación y en la práctica forense habitual se vienen considerando como de escasa gravedad —las constitutivas de falta— carecen de un adecuado tratamiento legal, por no permitir éste en muchos casos la adopción... de las medidas precautorias adecuadas, por prever para aquéllas sólo una respuesta penal muy limitada, y por no servir para frenar la progresión cuantitativa y cualitativa de las acciones violentas en el seno familiar, ni coadyuvar a la erradicación de las causas que la originan...", págs. 16 y ss. Véanse las interesantes consideraciones críticas a la argumentación del Consejo y a esa realidad legal en LAURENZO COPELLO, P. "Los nuevos delitos de violencia doméstica...", cit., págs. 838 y ss.

dar el posible carácter crónico de la violencia eludiendo la aplicación del delito de violencia habitual. Las consecuencias son de todos conocidas: penas demasiado leves que acrecentaban la sensación de impunidad del agresor y de desprotección de las víctimas y la dificultad, en su día, de adoptar medidas cautelares<sup>26</sup>. El Acuerdo de este mismo órgano de gobierno de los jueces, de 21 de marzo de 2002, lo expresaba claramente: "las conductas que en nuestra legislación y en la práctica forense habitual se venen considerando como de escasa gravedad –las constitutivas de falta– carecen de un adecuado tratamiento legal, por no permitir éste en muchos casos la adopción, con la amplitud requerida, de las medidas precautorias adecuadas, por prever para aquéllas sólo una respuesta penal muy limitada, y por no servir para frenar la progresión cuantitativa y cualitativa de las acciones violentas en el seno familiar, ni coadyuvar a la erradicación de las causas que la originan"<sup>27</sup>.

La que le pareció entonces al legislador una fórmula mágica es, precisamente, la que hoy tanto se critica: la conversión de esas infracciones calificables de falta en delito, haciendo oídos sordos a cualesquiera exigencias de

proporcionalidad. La Ley 1/2004 no ha hecho sino ampliar el catálogo de esas faltas transformadas en delito a todas las amenazas –antes ya lo estaban las leves con armas– y las coacciones cuando la víctima –mujer– es o ha sido pareja del agresor o es especialmente vulnerable.

Si un año antes se había entendido razonable convertir las faltas de maltrato y lesiones en delito para combatir esa desidia judicial, idéntica justificación puede esgrimirse hoy para hacer lo mismo con las amenazas y las coacciones, cuya frecuencia y peligrosidad en el ámbito de la pareja parece comprobada<sup>28</sup>. Un repaso a la jurisprudencia de los tribunales pone de manifiesto que en esos atentados a la libertad, cuya gravedad se valora a partir de criterios circunstanciales, las relaciones de pareja parecían computar a la baja<sup>29</sup>. ¿Por qué las amenazas de males constitutivos de delito se consideraban menos serias, menos creíbles, menos precisas si procedían, como es tan frecuente en las agresiones de pareja, de discusiones, riñas, ingestión de alcohol...?<sup>30</sup> ¿Por qué calificar de coacciones leves conductas que habitualmente se han considerado delito cuando la relación transcurre entre extraños, como su-

26 En 1999, la Asociación de Juristas THEMIS había denunciado esa realidad. "Los jueces de instrucción tienden a calificar como faltas las agresiones físicas y verbales que se producen entre parientes, incluso cuando los hechos, por su gravedad son constitutivos de delito. El 3% de las denuncias tramitadas como falta se refiere a agresiones físicas graves que deberían haberse considerado delito... El delito de malos tratos habituales carece de aplicación práctica, a pesar de que el 50% de las víctimas refiere en su denuncia haber sufrido agresiones anteriores...". Respuesta penal a la violencia familiar. Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid, págs. 89 y 90. En el mismo sentido, entonces, MAQUEDA ABREU, M.L. "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma". *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Aranzadi. 2001, págs. 1515 y ss. También, MONTALBÁN HUERTAS, I. Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional". Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004, págs. 102 y ss. ASÚA BATARRITA, A. "Los nuevos delitos de violencia doméstica...", cit., pág. 223; y GARCÍA ÁLVAREZ/ DEL CARPIO DELGADO, J. El delito de malos tratos en el ámbito familiar (LO 14/1999, de 9 de junio). Problemas fundamentales. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, págs. 69 y ss. Denuncian, con razón, que la solución fuera la conversión de las faltas en delitos, CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. en AA.VV. Derecho Penal. PE. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 154 y 155. A favor, sin embargo, de ella en la doctrina penal, entre otros, CUELLO CONTRERAS, J./CARDENAL MURILLO, A. "Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica". *Estudios Penales...*, cit., págs. 254 y 261. GÓMEZ NAVAJAS, J. "Existe una protección penal adecuada frente a los malos tratos? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal. Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres, cit., pág. 113.

27 A favor de esa opción, también, la Resolución acerca de la violencia doméstica aprobada en el Congreso de Jueces para la Democracia celebrado en Gijón los días 8 y 9 de junio de 2000. Da cuenta de estas informaciones y se suma a su contenido MONTALBÁN HUERTAS, I. "La interpretación de las leyes como factor de eficacia" en RUBIO, A. (Coord.) Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Estudios 18. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla. 2004. Pág. 188.

28 En este sentido, explícitamente, MONTALBÁN HUERTAS, I. "La interpretación de las leyes como factor de eficacia", cit., pág. 183. No se explica entonces la complicidad del Consejo General del Poder Judicial con los contenidos de aquella reforma de la ley 11/2003 y su frontal oposición a la del mismo signo, que incorpora la ley integral 1/2004. Me refiero, en concreto, a los nuevos delitos de los artículos 171.4 y 172.2 CP (amenazas y coacciones leves) cuando afirma que presentan "serias objeciones de constitucionalidad... por no justificar adecuadamente el tratamiento punitivo de la amenaza o coacción leves contra la mujer" (i). Véase pág. 41.

29 Lo afirmaba THEMIS en su Informe de 1999 citado "El 30% de las denuncias tramitadas como falta se refieren a amenazas de muerte". Véase también, LAURENZO COPELLO, P. "La violencia de género en la ley integral...". Jueces para la Democracia, cit., pág. 31.

30 Véanse la SAP de Zaragoza 226/2004, de 9 de julio; SAP de Soria 50/2004, de 14 de julio; SAP de Girona 814/2004, de 4 de octubre; SAP de Barcelona 1176/2004, de 1 de diciembre. Recurre a una rebaja de la pena en apelación por considerar de menor gravedad el hecho calificado de delito, la SAP de Zaragoza 218/2004, de 1 de julio.

cede con el impedimento de entrar en el domicilio común o en su desalojo retirando los enseres o el mobiliario<sup>31</sup>. ¿Por qué debe considerarse una conducta escasamente trascendente el control permanente, diario de la expareja<sup>32</sup>.

La solución, desde luego, no debía haber sido esa generalizada conversión en delito de todas las faltas sino una valoración individualizada y correcta de la gravedad de los hechos en cada caso concreto. Entre otras razones de peso, porque la vía elegida no permite eludir el fundado temor de que ese desviado proceder judicial se repita y que los casos de denuncia de malos tratos —físicos y psíquicos— vayan todas por la vía de los nuevos delitos sin indagar la verdadera entidad de las conductas o su habitualidad, dejando sin contenido la infracción verdaderamente relevante del art. 173.2 CP, germen éste si probado de graves lesiones o incluso la muerte de sus víctimas<sup>33</sup>. La única propuesta razonable es, pues, la de procurar “un verdadero cambio de actitud de los operadores jurídicos”<sup>34</sup>.

No hay que olvidar, pues, esa Ley 11/2003 y sus permisivas innovaciones que en buena medida están ya influyendo, de modo muy negativo, en la jurisprudencia actual. Una buena parte de los efectos perversos que se siguen de la aplicación judicial de la nueva normativa tienen su origen en aquella ley —en materia de concursos, por ejemplo, como veremos más adelante— y en una de sus decisiones más relevantes: la conversión de ese delito de violencia habitual en un delito contra la integridad moral, a partir de su traslado desde los atentados contra la integridad personal (antiguo art. 153 CP) a la rúbrica que preside a aquellos otros delitos en el art. 173.2 CP, dejando su sitio a la

nueva figura del maltrato ocasional proveniente de la falta del art. 617.2.2.º CP. Muchos nos preguntábamos entonces por el sentido de esta decisión legislativa<sup>35</sup>. ¿Por qué dar una paliza, unos golpes, empujones, insultos constituye un delito de lesiones y si esta conducta se repite en dos o más ocasiones se entiende que se está atentando contra la integridad moral? ¿Por qué ese cambio de bien jurídico en razón del solo dato de la habitualidad?

Desde las mejores formulaciones se entiende que la reiteración de actos violentos, aunque no sean graves individualmente, termina por constituir un trato degradante, precisamente por su repetición que genera en la víctima un sentimiento de humillación y envilecimiento que la cosifica y la convierte en un mero objeto a merced de su agresor<sup>36</sup>. Es, desde luego, una interpretación posible pero no la más acertada, en mi opinión. Porque más allá de ese sentimiento de humillación, menosprecio o inferioridad y aún, más allá del daño físico y psicológico que esa violencia genera, hay un dato esencial que muestra la experiencia clínica acerca de esta práctica continuada de maltrato que tiene que ver con la peligrosidad de la situación. Esto es, con el pronóstico fundado de que bajo ese clima de violencia persistente se cree o se incrementa un riesgo cierto, próximo y directo de lesión para la integridad física y psíquica o la vida de las víctimas que permanecen bajo la esfera de dominio del agresor. Y es que hoy se sabe que ese maltrato crónico provoca en sus víctimas estados graves de desequilibrio psíquico y emocional y erosión de su personalidad proveniente del constante temor y angustia ante la repetición de los hechos, con riesgo de importantes traumas psíquicos a los que se asocia un grave pe-

31 Así, las SSAP de Málaga / Melilla 21/2004, de 19 de abril y de Girona 402/2004, de 19 de mayo y otras con hechos tan graves como los que contiene la STS 821/2003, de 5 de junio.

32 Entre otras, la SAP de Vizcaya 432/204, de 17 de junio y la SAP de Burgos de 4 de mayo de 2005.

33 En ese sentido, LAURENZO COPELLO, P. “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., pág. 840.

34 Cfr. GIL RUIZ, J.M. “Análisis técnico, legislativo y jurisprudencial de la violencia de género en el nuevo marco penal”. Análisis jurídico de la violencia..., cit., pág. 128. Un interesante análisis acerca de las razones que explican el incorrecto uso del derecho por parte de los operadores jurídicos en relación a la violencia de género, en RUBIO, A. “Inaplicabilidad e ineficacia en el derecho en la Violencia contra las Mujeres: un conflicto de valores”. Análisis jurídico..., cit., págs. 15 y ss.

35 A la que debe reprocharse, entre otros efectos indeseables, su falta de coherencia interna. Así LAURENZO COPELLO, P. “Los nuevos delitos de violencia doméstica...”, cit., pág. 844. Destaca esta iniciativa legal como fuente de problemas interpretativos. Recientemente, ALONSO ÁLAMO, M. “Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico”. Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de género”. Estudios Penales... cit., págs. 8 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, “De la política penal hacia una política victimológica...”, cit., págs. 216 y 217. Véase también CORTÉS BECHIARELLI, E. “Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico (LO 11/2003, de 20 de septiembre): Propuestas de interpretación”. Estudios Penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004, págs. 284 y ss. Es innegable, sin embargo, que el cambio de rúbrica y de bien jurídico contaba ya entonces con un nutrido apoyo de parte de la doctrina penal. Véase un resumen de esas opiniones en la obra *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica* (coord. Lorenzo Morillas Cueva), cit., en particular, las aportaciones acerca de la regulación española (CASTELLÓ NICÁS, N. “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, págs. 75 y ss.) y comparada (OLMEDO GARDENETE, M. “La violencia en el entorno doméstico. Un análisis de Derecho comparado en Europa”, págs. 637, 644, 658. También en GÓMEZ NAVAJAS, J. “La vulneración de la integridad moral en el ámbito familiar”. *Los Derechos Humanos*. Libro Homotaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García. Universidad de Granada. 2001, págs. 329 y ss.

36 Por todas, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado. Comares, Granada, 2001, pág. 184. En su apoyo se encuentra la formulación de PÉREZ ALONSO, E. “Los nuevos delitos contra la integridad moral en el Código Penal de 1995”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 2, 1999, págs. 165 y ss.

ligro para la salud física y la integridad corporal de sus víctimas a consecuencia de la espiral creciente de violencia que le caracteriza y que en demasiadas ocasiones conduce a la muerte<sup>37</sup>. Las cifras que ofrecen las estadísticas de nuestro país son indicativas de este efecto<sup>38</sup>. Es el fin de ese proceso que la jurisprudencia americana califica de "síndrome de maltrato"<sup>39</sup> y la española de "trastorno adaptativo depresivo" o de estrés postraumático<sup>40</sup> que alcanza a la mujer como víctima preferente de una de las manifestaciones más extremas de violencia de género.

Pues bien, es a partir de esta argumentación que cobran sentido las necesarias órdenes de alejamiento o de protección o la prohibición de tenencia de armas o del régimen de visitas o de ejercicio de la patria potestad, como fórmulas destinadas a garantizar en lo posible la seguridad de esas víctimas en situación de riesgo. O también las nuevas agravaciones penales que, junto a la presencia de menores en el lugar del delito, valoran con un plus de pena la utilización de armas o la circunstancia del domicilio o el quebrantamiento de medidas cautelares o penas de alejamiento e incomunicación. El fundamento parece claro: el uso de armas o el aislamiento en el domicilio o el acercamiento del agresor evidencian una preocupación razonable del legislador —y, por cierto, del mismo legislador de 2003— no ya por la integridad moral de sus víctimas sino por su integridad física y psíquica que encuentra en esas situaciones una amenaza cualificada<sup>41</sup>.

Y no es verdad, como se ha afirmado, que defender este último bien jurídico como ratio del castigo del ejercicio de violencia habitual y mantener su naturaleza de delito peligro para la salud y la vida de quienes después sufren el daño pudiera obstaculizar la valoración de posibles in-

fracciones en concurso. En particular, la de los hechos de maltrato habitual con el daño físico o psíquico ocasionado o con cualesquiera otros resultados afectantes a la libertad, sexual o no, a la integridad moral o a la vida de sus víctimas..., bajo el pretexto de que, siendo manifestación de un peligro que ya se ha materializado en lesión, quedarían absorbidos por ella, de modo que quedaría sin tomar en consideración los actos de violencia continuada<sup>42</sup>.

El razonamiento no es correcto. En la mayoría de los casos sería difícil admitir que esos resultados fueran capaces de expresar por sí solos y agotar el grado de desvalor, de merccimiento de pena, que es característico de esas situaciones de permanente exposición al riesgo, de modo que habría que recurrir a la técnica del concurso —ideal o medial, cuando no real— para calibrar en pena la gravedad total del hecho, al margen de los resultados concretos producidos. Para ello no era pues necesario acudir a un cambio de bien jurídico, desde la integridad personal a la integridad moral.

Las soluciones que esa innovación legal ha impuesto en la práctica de nuestros tribunales son preocupantes. Gracias al apoyo que ofrecen las cláusulas concursales contenidas en los artículos 173.2 CP ("sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica") y 177 CP ("se castigarán los hechos separadamente...") y con el argumento de que hay dos bienes jurídicos en juego, cada vez que se comprueba el ejercicio de violencia habitual sobre una mujer se recurre al concurso —normalmente real— de delitos entre el art. 173.2 CP y el art. 153 CP: el primero, a los efectos de valorar el dato de la habitualidad —"el clima de permanente agresión"— y,

37 Cfr. MAQUEDA ABREU, M.L. "La violencia habitual en el ámbito familiar...", cit., págs. 1528 y 1529.

38 Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. "El homicidio en pareja: tratamiento criminológico". Tirant. Serie "Criminología y Educación Social". Valencia, 2000. Véase, también, DE LA CUESTA ARZAMENDI, que ofrece algunos datos a partir del año 1999. "De la política penal hacia una política victimológica...", cit., pág. 188. Sobre esta realidad en nuestro país y en el entorno europeo COMAS D'AR-GEMIR, M./QUERALT JIMENEZ, J.J. *La violencia de género...*, cit., págs. 1186 y 1187.

39 Véase LARRAURI, E./VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB., Barcelona, 1995, págs. 23 y ss. y 26, en especial. Ampliamente, también, LORENTE ACOSTA, M./LORENTE ACOSTA, J.A. "Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso", Granada, 1998. Págs. 96 y ss., 101 y ss. y 109. Asimismo las conclusiones del Grupo Parlamentario Interamericano sobre Población y Desarrollo, "Módulo legislativo sobre violencia contra la mujer", GPI, Octubre 1997, págs. 2 y ss.

40 Véanse, entre otras, la SAP de Sevilla 335/2004, de 18 de junio; SAP de Málaga 416/2004, de 6 de julio; SAP de Cádiz 137/2004, de 23 de septiembre y SSTS 1162/2004, de 15 de octubre y de 11 de mayo de 2005., que, sin embargo, no lo valoran como una infracción adicional pese a ser reconocida típicamente su naturaleza de lesión psíquica. Sobre este efecto, ampliamente, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J. "Mujer víctima de violencia doméstica: trastorno de estrés postraumático y miedo insuperable". *Estudios penales sobre violencia doméstica*, cit., págs. 290 y ss.

41 Así también la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2003, de 30 de diciembre, cit. Véase asimismo la SAP de Tarragona de 23 de julio de 2004. Ese fundamento a la agravación permite justificar el recurso a las reglas del concurso con los delitos correspondientes, esto es, allanamiento de morada, tenencia de armas o quebrantamiento de condena porque en su caso el bien jurídico que se valora es diferente, esto es, la intimidad, el orden público o la administración de justicia, por lo que no habría bis in idem. De otra opinión, LAURENZO COPELLO, P. "Los nuevos delitos de violencia doméstica...", pág. 841.

42 En ese sentido se había manifestado ya el Consejo General del Poder Judicial en el Informe cit., pág. 36. Por todos, en la doctrina, GÓMEZ RIVERO "Algunos aspectos del delito de malos tratos". *Revista Penal*, n.º 6, julio de 2000, págs. 71 y ss. De la opinión de texto, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M. "Cuestiones concursales en el delito del art. 153 del Código Penal". *Estudios penales*, cit., págs. 331 y ss.



por tanto, la afición a la integridad moral<sup>43</sup>; el otro, para su valoración individualizada, como hecho concreto que afecta a la salud física o psíquica de la víctima. Entiendo que esa línea jurisprudencial<sup>44</sup> incurre en un *bis in idem* inadmisibles. Y no sólo porque contempla dos veces la relación de parentesco, que es el elemento cualificador que convierte la conducta del art. 153 en delito<sup>45</sup>, sino también porque valora repetidamente el mismo contenido de injusto, en tanto que actos leves de maltrato que se reiteran dos o más veces, darían lugar a tantas aplicaciones de ese delito —junto al maltrato habitual del art. 173.2 CP— como ocasiones resulten probadas<sup>46</sup>. Una solución más respetuosa con el principio de legalidad aconsejaría discernir primeramente cuándo los actos continuados de violencia física o psíquica deben considerarse ya comprendidos en el injusto del delito del art. 173.2 y cuándo merecen una valoración separada a través del concurso ideal o medial de delitos, y no real como a menudo pretenden los tribunales. Para ello resulta fundamental distinguir las acciones de maltrato, amenazas y coacciones leves de aquellas que presentan una mayor gravedad y pudieran merecer un reproche adicional, así como también cuando de esos he-

chos se siguen resultados lesivos para la vida o la integridad o cuando se acompañan de atentados frente a bienes jurídicos distintos como la libertad sexual, la libertad de movimientos o la administración de justicia. Sólo en esos casos debiera recurrirse a la técnica del concurso de delitos<sup>47</sup>.

Bien entendido que no todo es negativo en la doctrina judicial acerca de estos delitos característicos de violencia de género. Por ejemplo, es de destacar el decisivo valor que se concede hoy a la declaración de la víctima cuando supera las exigencias, a menudo rigurosamente comprobadas, de credibilidad, verosimilitud y persistencia en la declaración, que permiten eludir los supuestos riesgos de esas temidas acusaciones falsas<sup>48</sup> o a su rectificación cuando es convincente<sup>49</sup> o también sus esfuerzos por establecer los requisitos de la habitualidad con parámetros no cualitativos para los hechos, a veces sólo dos, cuando son graves y evidencian el clima de temor que se deja sentir en el ambiente de la pareja<sup>50</sup> o, finalmente, sus intentos por fijar con precisión los parámetros con los que medir la gravedad de las diferentes infracciones<sup>51</sup>, garantizando así soluciones más seguras y más justas. Resta, en todo caso,

43 Un bien este que la jurisprudencia acaba identificando, las más de las veces, con la protección de la familia cuando afirma que "la reiteración de conductas de violencia física y psíquica... constituyen esta figura delictiva... esencialmente, por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar", concluyendo que "se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección de la familia". Véase, por ejemplo, la SAP 84/2004, de 27 de octubre que cita en su apoyo a la SSTS de 7 de julio y 7 de septiembre de 2000. Sobre el alcance de estas cláusulas concursales, véase BARQUÍN SANZ, J. "Violencia doméstica y trato degradante: problemas concursales". *Estudios penales sobre violencia doméstica*, cit., págs. 364 y ss.

44 Cfr., entre otras, la SAP Soria 50/2004, de 14 de julio; SAP Valencia 316/2004, de 11 de octubre; SSAP Murcia 120 y 38/2004, de 19 y 28 de octubre; SSAP Barcelona 1210/2004, de 26 de noviembre y de 15 de febrero de 2005 (sección 9.ª). Una interpretación judicial que encuentra apoyo, por cierto, en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2003, cit. Esta solución resulta aún más inexplicable si, como hacen algunas sentencias últimas, se proclama el mismo bien jurídico de la integridad moral para los atentados violentos ocasionales del art. 153 CP. Véase en este sentido la SAP de Zaragoza de 6/9/2005 cuando afirma que "es el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes y en el derecho a la seguridad".

45 Como señala MUÑOZ SÁNCHEZ, J. *Comentarios al Código penal*. PE. II. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 149 y ss.

46 Críticamente también MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal*. Pe. 15.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 190 y 191. Así mismo, ACALE SÁNCHEZ, M. "Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos...", cit., págs. 27 y 45.

47 Como parecen reconocer, entre otras las SSTS 968/2003, de 4 de julio y 1162/2004, de 15 de octubre. Véase también las SSAP de Sevilla 516/2004, de 24 de septiembre y de León 84/2004, de 27 de octubre. En la doctrina se manifiesta también en contra de un recurso indiscriminado a las reglas del concurso real de delitos, ASÚA BATARRITA, A. "Los nuevos delitos de "violencia doméstica" tras la reforma...", cit., pág. 215.

48 Véase, por todas, entre las más recientes, la SAP de Alicante 19/2005, de 19 enero. Sobre esta cuestión, con numerosas referencias jurisprudenciales, MARTÍNEZ RUIZ, J. "Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico". *Estudios Penales...*, cit., págs. 467 y ss. Acerca de la importancia de este avance para una superación de los estereotipos acerca de la mujer, RUBIO, A. "Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho...", cit., pág. 24.

49 Resulta particularmente interesante la argumentación que realiza la SAP de Madrid d 19/9/2005 en orden a dar fiabilidad a los casos de rectificación o retractación de la víctima.

50 Así, entre otras, la SAP de Sevilla 335/ 2004, de 18 de junio. Véase, sin embargo, la STS 968/2003, de 4 de julio. Su mejor doctrina, desde 1999, en GARCÍA VITORIA, A. "Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico". *Estudios penales...*, cit., págs. 573 y ss. También ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. "El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica". *Estudios penales...*, cit., págs. 203 y 212.

51 A veces, con buenos resultados. Así, en cuanto a las amenazas, reconociendo credibilidad y trascendencia en casos graves (SSAP de Tarragona, secc. 2.ª, de 17 de junio de 2004; Las Palmas 183/2004, de 2 de julio; León 83/2004, de 25 de octubre y

una asignatura pendiente: la de seleccionar correctamente la pena adecuada a la gravedad de los hechos. En ello descansa buena parte del éxito de esta ley.

IV. Éste es, en efecto, otro de los aspectos cuestionados de la ley integral: la injusticia y desproporción de las penas previstas para los atentados de género<sup>52</sup>. Sin embargo, lo cierto es que esta ley ofrece oportunidades de individualización de la pena a imponer en los nuevos delitos que permiten atender las exigencias más estrictas de proporcionalidad. Piénsese que, para los casos más graves, cuando además concurre alguna de las agravaciones previstas en la ley, la pena máxima a imponer es de nueve meses a un año cuando la víctima es mujer, pareja del agresor, o persona conviviente especialmente vulnerable y de siete meses y medio a un año para los restantes casos de violencia doméstica (con los sujetos del art. 173.2 CP), que no son demasiado graves si se comparan con las que se prevén para un hurto de más de 400 euros —seis a ocho meses— o una donación o venta de una pequeña cantidad de alguna sustancia no perjudicial para la salud —uno a tres años—, por poner algunos ejemplos<sup>53</sup>. Penas que, por lo demás, pueden ser sustituidas en todo caso por trabajos a favor de la comunidad o suspendidas condicionalmente con la garantía del sometimiento del agresor a tratamiento psicológico, una medida que va abriéndose camino con éxito como respuesta idónea a estos delitos de género<sup>54</sup>. Para los casos menos graves, en atención a las circunstancias personales del autor y del hecho, hay una previsión

específica en la ley que autoriza a imponer la pena inferior en grado<sup>55</sup>.

A estas penas principales se suman las potestativas de prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas o la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, siempre en interés del menor<sup>56</sup> o también las accesorias de alejamiento o incomunicación (art. 57.2 CP), de carácter obligatorio y cuya infracción se entiende que da lugar, en todo caso, a un delito de quebrantamiento de condena castigado con penas de prisión de seis meses a un año.

Es una de las provisiones más criticables de la ley que comentamos. La imperativa aplicación de un delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP) para los casos de desobediencia a las órdenes de alejamiento o incomunicación decretadas judicialmente frente al agresor en los casos de maltrato, ha provocado situaciones problemáticas que no encuentran una fácil solución.

Es una de las provisiones más criticables de la ley que comentamos. La imperativa aplicación de un delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2 CP) para los casos de desobediencia a las órdenes de alejamiento o incomunicación decretadas judicialmente frente al agresor en los casos de maltrato, ha provocado situaciones problemáticas que no encuentran una fácil solución.

64/2004, de 27 de octubre; Alicante 644/2004, de 15 de noviembre; Guipúzcoa, secc. 3.ª, de 18 de enero de 2005) o respecto a las lesiones, por ejemplo, considerando tratamiento médico cualquier asistencia facultativa que incluya puntos de sutura (así, STS 1362/2004, de 15 de octubre). Entienden a cambio que la valoración que realizan los tribunales es básicamente caprichosa y no responde a criterios firmes de merecimiento de pena, COMAS D'ARGEMIR, M./QUERALT JIMÉNEZ, J.J. "La violencia de género...", cit., pág. 1219.

<sup>52</sup> Véase el Consejo General del Poder Judicial en su informe cit., pág. 41. Ténganse en cuenta asimismo los dos recursos de inconstitucionalidad no admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional *supra*, cita n.º 9. En la doctrina, por todos, GONZÁLEZ RUS, J.J. cuando se refiere al "extraordinario incremento" de la pena del autor. "La constitucionalidad...", cit., pág. 499.

<sup>53</sup> En esa misma línea, ejemplificando con el hurto y la muerte de un animal doméstico, QUERALT JIMÉNEZ, J.J. "La última respuesta penal a la violencia de género". *Revista La Ley* n.º 6420. 13 de febrero de 2008.

<sup>54</sup> Para un análisis más detenido de esas medidas de sustitución y suspensión de la pena de prisión así como del efecto que el sometimiento a estas medidas de tratamiento puede tener para su régimen interno de cumplimiento, ÍÑIGO CORROZA, E. "Aspectos penales de la LO 1/2004...", cit., págs. 20 y ss. En cuanto a las claves de un programa de tratamiento alternativo, basado en un enfoque feminista, véase LARRAURI, E. "¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?". *Dogmática y Ley Penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Marcial Pons. Madrid/Barcelona. 2004. También, DOBASH, R./DOBASH, R. "Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores". *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Coord. J. Cid/E. Larrauri. Tirant. Serie *Criminología y Educación Social*. Valencia. 2005. págs. 147 y ss. Véase asimismo MEDINA ARIZA J.J. "El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: Consideraciones político criminales. *Cuadernos Penales* J.M.º Lkón Bilbao, 2005, págs. 193 y ss. Es ésta una medida que se sitúa al otro extremo de esa otra iniciativa punitiva, promovida por la Ley de Castilla-La Mancha, de publicación de los datos personales de los maltratadores domésticos. En contra de esa medida, con interesantes argumentos, GÓMEZ NAVAJAS, J. "Lista de delincuentes, ¿pena de "escarnio público"? *Estudios penales...*, cit., págs. 495 y ss.

<sup>55</sup> La Circular 4/2005 incorpora como criterios a tomar en consideración "la forma de agresión, intensidad de la acción, agresiones mutuas, personalidad no violenta del autor...". En contra de esa cláusula de atenuación que entiendo que puede ser útil para generalizar, en esos u otros casos particularmente leves, la proporcionalidad de la pena, MORILLAS CUEVA, L. "Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres", cit., pág. 650.

<sup>56</sup> Véase la SAP de Sevilla 335/2004, de 18 de junio.

protección de la víctima... en contra de la voluntad expresa de la propia víctima, cuando ésta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios intereses... Otra cosa sería tratar a las víctimas de la violencia de género como sujetos cuya capacidad de autodeterminación se encuentra abolida o limitada y cuyo interés ha de ser, por tanto, tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión, al modo de los menores o incapaces, lo que francamente nos parece ofensivo para la dignidad personal de la víctima que precisamente se pretende proteger<sup>57</sup>.

Dos cuestiones de inconstitucionalidad presentadas a lo largo del pasado año se hacían eco de las injustas consecuencias que se han seguido de la práctica de esos preceptos y reclamaban igualmente la necesidad de tomar en consideración la perspectiva de la víctima, aquí de una mujer, en la idea común de que ignorarla, otorgándole una protección que no quiere "es persistir en el mito de que es incapaz de decidir por sí misma", permitiendo que pase "de estar sometida al maltratador a estarlo al Estado"<sup>58</sup>.

La ley integral no ha hecho sino agravar el problema al imponer la aplicación de un delito de quebrantamiento de condena para los casos de infracción de las medidas judiciales de alejamiento (art. 468.2 CP). La realidad enseña que, muy a menudo, las mujeres se retractan de la acusación o perdonan a su agresor sin solución legal posible pues la acción por maltrato es pública y sigue su curso<sup>59</sup>. Como también se sabe que, muchas veces, se oponen a la medida de alejamiento pues consideran que han cambiado las circunstancias y buscan la reconciliación con su agresor, de modo que si apoyan su acercamiento o aún lo propician pueden ser ellas mismas condenadas por cooperación o inducción al delito de quebrantamiento, resultando criminalizadas en su condición de víctimas (!). Se trata de una "situación absurda", como se afirma, que obliga a los jueces a recurrir a expedientes forzados para evitar la entrada en prisión de quienes se supone que son los beneficiarios de las medidas de protección adoptadas, tales como argumentar con un error de prohibición que se sabe inexistente o la petición de indulto parcial con suspensión condicional de la pena, que parece ser la vía propuesta por la Fiscalía General del Estado<sup>60</sup>. Son los efectos perversos

57 "Claro está, continúa esta sentencia, que el Tribunal no es tan ingenuo o insensible a la realidad social como para no comprender que existen supuestos, y seguramente no infrecuentes, en que el propio proceso de victimización inherente a la violencia de género, la problemática económica subyacente o los complejos procesos psíquicos de interacción entre víctima y victimario pueden determinar que la primera vea efectivamente afectada su capacidad para adoptar una decisión consciente, libre e inteligente sobre la conveniencia de mantener o no la convivencia con su agresor. Pero lo menos que se puede pedir, si se entiende producida una de estas situaciones, es que se afirme expresamente sobre la base de datos concretos obrantes en el proceso, sin adoptar medidas de importante trascendencia contra la voluntad declarada de la víctima on base a simples presunciones sociológicas, sin contar siquiera con un asesoramiento psicológico sobre el caso concreto, y subrogando al órgano judicial penal, a modo de demiurgo omnisciente, en decisiones que atañen ante todo a la propia persona interesada que, mientras no se demuestre lo contrario, ha de suponerse capacitada para decidir sobre su propia vida personal y familiar". Cfr. Considerando 4 de la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 15 de julio de 2004. A esa previsión se une otra que, en la misma línea, impone la revocación preceptiva de la suspensión condicional de la pena cuando se infringen éstas de conducta consistentes en el alejamiento e incomunicación con la víctima. Véase SAP. de Madrid de 19/09/2005 citada.

58 Es la perspectiva que adopta el Auto 187/2005, de 20 de mayo de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid y el 136/2005, de 29 de junio del Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid con sendas cuestiones de inconstitucionalidad, aún no resueltas por el Tribunal Constitucional. Es de esperar que se declare inconstitucional la imposición obligatoria de esas medidas de alejamiento e incomunicación y se deje en manos de los jueces, como antes, decidir acerca de la oportunidad de su aplicación en atención a la gravedad del hecho y al peligro que represente el delincuente. Véase con detenimiento el auto del juez de Madrid, Ramón Sáez Valcárcel, más arriba citado. También, desde la doctrina científica, las posiciones de ASÚA BATARRITA, A. "Las recientes medidas de protección de la violencia de género...", págs. 22 y ss. y QUERALT JIMÉNEZ, J.J. que califica ese automatismo en la aplicación de las medidas como aberrante, arbitrario y contrario al principio de culpabilidad. "La última respuesta penal a la violencia de género", cit.

59 Véase la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en las SSAP de Vizcaya 629/2004, de 9 de septiembre; 303/2004, de 4 de octubre y de Murcia 105/2004, de 12 de noviembre. Son de interés las opiniones de Elena LARRAURI, "¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad? La Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género. Cuadernos Penales José María Lidón. Bilbao, 2005, págs. 157 y ss. Antes, "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?" *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003, págs. 271 y ss. Debiera plantearse la oportunidad de una solución próxima a la prevista para la persecución —a instancia de parte— de los delitos sexuales.

60 Como denuncia el juez de Madrid en la cuestión de inconstitucionalidad presentada hace unos meses ante el Tribunal Constitucional. Véase *supra* nota n.º 49. Sin embargo, en las conclusiones del SEMINARIO DE FISCALES DELEGADOS EN VIOLENCIA CONTRA LA MUJER la propuesta es que no se proceda por el Fiscal a interesar la deducción de testamento contra la mujer por el delito del artículo 468 "ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a y b del art. 28.2 del CP". Centro de Estudios Jurídicos. Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2005. Más imaginativa se muestra la SAP de Madrid de 19 de septiembre de 2005 cit. que propone una interpretación constitucionalmente conforme de este

de un uso indiscriminado del aparato penal que aquí se manifiesta en ese recelo y esa desconfianza en la racionalidad de la mujer, en su capacidad para resolver problemas conforme a sus intereses reales<sup>61</sup>.

Entiendo, con todo, que la ley integral supone un paso adelante en la lucha contra la violencia de género. Sus inno-

vaciones en materia penal, menos de las que parecen y se lamentan, quedan a la espera de una adecuada interpretación judicial que se proponga ofrecer una proporcional respuesta a las necesidades de protección de sus víctimas. Instrumentos no le faltan. Hay que esperar a que, quienes los tienen a su disposición, sean capaces de aplicarlos correctamente.

---

delito, excluyente de la responsabilidad criminal de agresor y víctima, cuando la decisión de acercamiento es libre y compartida. Véanse también en la doctrina las soluciones que proponen COMAS D'ARGEMIR, M./QUERALT JIMÉNEZ, J.J. "La violencia de género...", cit., págs. 1223 y ss. y, en especial, 1227 y ss.

<sup>61</sup> Así también, ASÚA BATARRITA, A. "Las recientes medidas de prevención...", cit., págs. 5 y ss. y 23 y ss. Otras propuestas desde una teoría feminista del derecho en MAQUEDA ABREU, M.L. "La violencia de género...", cit. (en prensa).