

NOTAS EN TORNO A LA LEGISLACIÓN PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA FAMILIAR Y DE GÉNERO EN ESPAÑA

María Concepción GORJÓN BARRANCO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Código Penal de 1944 y texto refundido de 1973*. III. *La reforma del Código, operada por LO 3/89 de 21 de junio*. IV. *Hacia un nuevo Código Penal*. V. *Las reformas de 1999*. VI. *Las leyes orgánicas que materializan la reforma en 2003*. VII. *La legislación en España a partir de 2004. La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre de 2004*. VIII. *Cuestiones de inconstitucionalidad de la Ley*. IX. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde finales de los años noventa, los medios de comunicación en España vienen haciéndose eco de numerosos casos de violencia doméstica, ahora más comúnmente conocida como violencia de género. Quizá una serie de hechos, hasta entonces desconocidos, hicieron despertar nuestra conciencia a este asunto. El detonante fue el caso de una señora granadina llamada Ana Orantes, una mujer que rompiendo los moldes hasta entonces convencionales del silencio, decidió un buen día de 1997 acudir a un programa de la televisión andaluza para denunciar los malos tratos que desde que se casó, hacía ya más de cuarenta años, venía padeciendo a manos de su marido. Alegó ser el único medio que le quedaba por recurrir, desbordada por su situación familiar y en vista de la no protección recibida por parte de los tribunales, puesto que llevaba separada de su maltratador más de un año, pero estaba obligada judicialmente a seguir compartiendo casa con el mismo, por lo que su infierno, lejos de desaparecer, estaba más presente cada día. Lo que ella no supuso (o quizá sí), es que estaba firmando su sentencia de muerte haciendo pública su historia, puesto que quince días después de su aparición en televisión contando

* Doctoranda de la Universidad de Salamanca dentro del plan “Aportaciones de la política criminal a las reformas penales iberoamericanas”.

con pelos y señales sus cuarenta años de sinvivir, el ex marido la esperaba en la puerta de su casa para rociarla con gasolina por la espalda, y prenderle fuego después. Ana murió en cuestión de segundos en la calle, una muerte pública en respuesta a su anterior denuncia pública. Este hecho conmovió a la sociedad española y supuso el pistoletazo de salida para que muchas mujeres salieran de su agujero. En vez de incentivar el miedo, este caso supuso una “perestroika” para los abusos cometidos en el ámbito privado. A partir de entonces, los medios de comunicación no dejaron de sorprendernos casi a diario con titulares como estos:¹

“Arrestado un hombre por retener, apuñalar y violar a su esposa” (*El País*, 5 de diciembre de 1999).

“Un guardia civil mata a tiros a su mujer delante de un hijo de 12 años” (*Abc*, 15 de enero del 2000).

“20 años de cárcel para un hombre que abusó de sus dos hijas” (*El País*, 28 de noviembre de 1999).

“Un hombre condenado a 6 años por violar a su hija de 16, en libertad provisional, mata a su mujer y a la hija que lo denunció” (*El País*, 10 de diciembre de 1999).

“Una mujer muerta y otra grave por disparos de sus ex compañeros” (*El Mundo*, 14 de enero del 2000).

“Una hermana del torero César Rincón, grave tras ser apuñalada por su marido” (*El País*, 5 de diciembre de 1999).

“Una mujer ingresada en la UCI por la paliza que le dio su marido al que había denunciado seis veces” (*El País*, 4 de diciembre de 1999).

“Una menor denuncia un año de malos tratos a manos de su ex compañero, intento quemarla viva con gasolina en 1998” (*El País*, 4 de noviembre de 1999).

“Un hombre mata a su ex novia a puñaladas y luego se suicida” (*El Mundo*, 8 de enero del 2000).

La violencia se erige como un elemento característico de numerosos hogares que han sido el ámbito privado por antonomasia y, en los que, sin embargo, los poderes públicos se han visto obligados a intervenir debido a la gran alarma social que se ha generado. La opi-

¹ Lista de titulares de periódico recabados por Rodríguez Gómez, C., “El delito de malos tratos en el ámbito familiar”, en *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Madrid, Colex, 2000.

nión pública ha iniciado una etapa de sensibilización hacia la violencia doméstica que ha trascendido a la clase política.²

Los datos recogidos por estadísticos y sociólogos demuestran que desde la perspectiva criminológica y jurídica, nos encontramos ante un problema de gran magnitud. Se ha llegado incluso a calificar el fenómeno de “terrorismo doméstico”, lo cual implica, en cierta manera, compararlo con otro de los grandes problemas que a nivel de política criminal sufre nuestro país, el terrorismo de ETA.

Así en lo jurídico, tras los avances en la consecución de los derechos humanos, civiles y políticos de la mujer desde la esfera internacional (a mediados del siglo XX), se obliga a todos los estados firmantes de las diferentes convenciones, a asegurar una protección real de los mismos, protección que sigue eclipsada por la violencia que se manifiesta en los hogares. El objetivo, una vez conseguida la igualdad formal, es la igualdad material. Para ello, se han llevado a cabo numerosas reformas legislativas en los últimos años en uno y otro país, que aunque no han detenido en absoluto las cifras de denuncias ni de muertes provocadas por la violencia de género, sí han servido para que la mujer víctima de maltrato salga del anonimato al sentirse apoyada por las instituciones sociales y políticas.

La criminalización se sitúa en la necesidad de castigar al delincuente y prevenir que se expanda la violencia y, por lo tanto, la creación de tipos penales que describan los actos específicos que sufren las víctimas:³ España ha optado por añadir un delito específico al código penal; por el contrario, México redactó el tipo dentro de una ley especial.

El legislador español se ha venido haciendo cargo de la regulación de la violencia doméstica (ahora de género) desde 1989 a través de su introducción en el Código Penal. Regulación casi obligada desde 1978, ya que la Constitución en dicho año, había causado cambios de raigambre en materia de familia, se había producido pues una “modernización” en los siguientes aspectos: la disolubilidad del matrimonio (divorcio), la equiparación de los cónyuges, que implicaba una

² Bustillo Suárez, E., “Otra forma de asesinar”, Congreso sobre Violencia Doméstica, Madrid, 2004.

³ Lima, Ma. de la Luz, “Violencia intrafamiliar”, México, año LXI, núm. 2, mayo-agosto de 1995.

patria potestad compartida (no discriminación por razón de sexo), la equiparación a todos los efectos de los hijos matrimoniales de los extramatrimoniales (abolición de la bastardía), la equiparación social de las madres con independencia de su estado civil (no discriminación por razón de estado), la justificación de las relaciones de convivencia no basadas en el matrimonio (parejas de hecho) y la no necesidad del matrimonio como requisito para formar familia (familias sin matrimonio),⁴ por lo que se resquebrajaba, al menos formalmente, el modelo tradicional de sumisión de la mujer al varón.

La violencia es un hecho social que promueve la necesidad del cambio de actitud de los poderes públicos frente a esa violación de los derechos humanos. El gobierno comprende la necesidad de políticas públicas enfocadas al “género”, de tal forma que en 1983 creó el Instituto de la Mujer,⁵ cuya labor ha sido fundamental en esta materia al ser el impulsor clave en la prevención y asistencia a las mujeres víctimas de violencia doméstica. La publicación del número de denuncias de mujeres maltratadas en 1984, por parte del Ministerio del Interior, generó tal alarma social que provocó la introducción del delito específico de violencia doméstica en 1989.

Desde hace años, el intento de solución al conflicto que se plantea (la violencia de género) ha venido regulado por diferentes planes de los diferentes gobiernos españoles como: el I Plan de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 1988-1990, y los subsiguientes con el mismo nombre, correspondientes a 1993-1995 (II Plan), 1997-2000 (III Plan) y 2003-2006 (IV Plan) respectivamente; y dos planes de acción contra la violencia doméstica: I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica 1998-2000, coordinado por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001-2004.⁶

⁴ Serrano, J. L., “La familia como asunto de Estado, el matrimonio como derecho del ciudadano”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Granada, 3a. época, núm. 4, 2001.

⁵ Hoy se pueden consultar en la Web del Instituto de la Mujer las estadísticas de los feminicidios que acontecen en España, además del número de denuncias: <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W300-2.XLS>.

⁶ El presupuesto total anual estimado para los cuatro años de vigencia del II Plan Integral contra la Violencia Doméstica asciende a trece mil setenta y dos millones, trescientas sesenta y siete mil treinta y una pesetas (13.072.367.031 ptas.) Para más

II. CÓDIGO PENAL DE 1944 Y TEXTO REFUNDIDO DE 1973

El Código Penal de 1944 era un código de época dictatorial, que en una de sus reformas, concretamente, la de 1973, comienza a introducir la violencia doméstica como falta, dentro del artículo 583 Código Penal (de ahora en adelante CP), ubicado en el título III denominado “De las faltas contra las personas”.

En caso de delito, se atendía al tipo penal correspondiente (lesiones, homicidio, etcétera) agravado por la circunstancia mixta de parentesco. Para determinar la penalidad se atendía al tiempo que las lesiones tardaban en curar y no a la forma en que la conducta era llevada a cabo. Si el tiempo de curación era igual o menor a 15 días se tomaba como una falta, y si excedía dicho tiempo, entonces se consideraba delito.

Por Ley Orgánica (a partir de ahora LO) 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, se introduce la responsabilidad subjetiva, es decir el principio de culpabilidad y se abandona el viejo sistema de la responsabilidad objetiva.

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

Reforma por la que la violencia doméstica comienza a tipificarse como delito en España llenando de contenido lo que hasta entonces constituía un importante vacío legal, hecho en el que influyeron la transición política, la nueva Constitución y el ámbito europeo, en donde ya se habían comenzado a acusar una serie de proclamas en torno a la familia y concretamente en torno a la figura de la mujer. Así se deduce de la Resolución R (85) 4 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa sobre la Violencia en la Familia y de la Resolución A-44/86 sobre Agresiones a la Mujer del Parlamento Europeo, además de los avances ya comentados a nivel internacional con la ONU.

La introducción de este delito tuvo como precedente inmediato el Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres de 1988-1990, elaborado por el Consejo Rector del Instituto de la Mujer, que proponía cambios legislativos para abordar el problema. Se introduce un tipo delictivo totalmente novedoso en nuestro derecho penal, materializado en la rúbrica del capítulo IV “de las lesiones”, en el artículo 425 del código: “El que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese ligado por análoga relación de afectividad, así como sus hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, o menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”.

La *habitualidad* exigida, planteaba en la doctrina el problema eterno de los delitos habituales, que no es otro que su compatibilidad con un derecho penal de hecho basado en el principio de culpabilidad, puesto que dicho elemento del tipo parece más acorde con un derecho penal de autor, al castigar con base en una característica del sujeto activo: la de ser habitual. En el delito no se hacía mención a qué clase de habitualidad es la que debían reunir las violencias físicas para ser delito, fue entre otras, la Fiscalía General del Estado⁷ la que salió al paso de tales dificultades, proponiendo dos opciones:

- Una interpretación en sentido jurídico y formal, de multi-reincidencia en faltas de maltratos, a lo que la Jurisprudencia se niega, como sucede en la SAP de Córdoba de 12 de febrero de 1999, alegando que “constituiría la espinosa cuestión del *non bis in idem*”.
- Y una interpretación en el sentido naturalístico, que resultó más acertada, define la “habitualidad como la repetición de actos de contenido idéntico, pero no siendo, estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que con ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que

⁷ Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/90.

se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo”.⁸

Cuando no fuera posible apreciar la habitualidad, o los hechos no resultasen tan graves como para ser constitutivos de delito, en el código se recogía la posibilidad de falta de maltrato, que provenía del anterior artículo 583, que pasa a integrar el párrafo 2 del artículo 582 (quedando en el párrafo 1 del artículo 582 recogida la falta de lesiones):

El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión.

IV. HACIA UN NUEVO CÓDIGO PENAL

Estando así las cosas, una Constitución Democrática (desde 1978) conviviendo con un código remendado de época dictatorial (de 1944), llegamos hasta 1995. Tras varios años de intentos fallidos para conseguir una legislación penal acorde a los postulados de la Constitución, al fin ve la luz el ansiado y nuevo código mediante LO 10/1995 de 23 de noviembre. Urgía poner al día el elenco de delitos penales de la era democrática española.

Además, a nivel europeo se seguía trabajando en la materia, de ello dan muestra los mecanismos como la Resolución núm. 2 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, sobre las medidas sociales respecto a la violencia en el seno de la familia de 1990, Resolución del Consejo de Europa sobre la Violación y Agresiones Sexuales a las Mujeres de 1993 (que es fruto de la III Conferencia Europea sobre la Igualdad entre Hombres y Mujeres celebrada por el Consejo de Europa en Roma), y la Resolución A-0349/94 del Parlamento Europeo, sobre Violaciones a los Derechos Fundamentales de la Mujer.

⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial: SAP de Córdoba de 12 de febrero de 1999.

Artículo 153 CP-95, Título III. De las lesiones: El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado *de forma estable* por análoga relación de afectividad o sobre los hijos *propios o del cónyuge o conviviente*, pupilos, *ascendientes* o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria, tutela, *curatela* o guarda de hecho de uno y otro, será castigado con la *pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso se causare.*

Inicialmente, con una simple lectura podemos deducir que en esta nueva redacción se introducen cuatro grandes novedades:⁹

En primer lugar se habla de relación “estable” frente a la anterior regulación en la que no se hacía semejante mención, aunque se sobreentendiese al explicitar relación matrimonial o análoga. En segundo lugar, se amplía el listado de sujetos protegidos por el tipo a “ascendientes” e “hijos propios o del cónyuge o conviviente”. Introduce la figura de la curatela.¹⁰ En tercer lugar, se suprime la expresión “y con cualquier fin”, y por último, se produce un incremento de pena, el arresto mayor de 1973, ahora puede llegar a los tres años de prisión. A lo que habría que añadir la importante cláusula valorativa: “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder, por el resultado, que en cada caso se causare”, lo cual nos va a dar la clave para la apreciación del concurso de delitos, y para estimar que el 153 se consuma con la mera acción, sin que se necesite un resultado lesivo. Por lo tanto, si aparecen los resultados, cabe apreciar el concurso de delitos. También influye en lo referente al bien jurídico objeto de protección, pues el legislador, al optar por dicha cláusula facilita su diferenciación con el propiamente tutelado por las lesiones, aunque el artículo esté ubicado dentro de tal rúbrica.

⁹ Ganzenmüller Roig, J. F Escudero, *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*, Barcelona, 1999.

¹⁰ Relación de curatela es aquella en la que el curador debe manejar el patrimonio del menor no siendo su función primordial la educación integral del menor. Simplemente el curador debe asistir y completar la capacidad de obrar del menor al estar ésta limitada por esa minoría de edad. La función por tanto de asistencia patrimonial no tiene por qué implicar la convivencia entre curador y menor.

En lo referente a la *habitualidad*, requisito del tipo que marca la gran diferencia con el delito de lesiones, son dos corrientes las que hay que destacar:

- Una opción podría ser la aplicación del artículo 94 del nuevo código, que define los comportamientos de los delincuentes habituales, el cual exige que se haya producido un mínimo de tres veces la falta de malos tratos, en un plazo menor o igual a cinco años. Este número de actos y el tiempo requerido se deducen de una aplicación analógica de dicho artículo. Cuando esto ocurra, se aplicará el delito del 153. Aporta un concepto de habitualidad, pero sólo a efectos de aplicación y sustitución de penas.¹¹
- La otra opción es considerar la habitualidad en sentido naturalístico, atendiendo al estado de terror producido en la víctima, por el constante contacto con su agresor, recordemos que ambos comparten la vivienda y tienen una relación estable. Encorseta menos al juez a la hora de juzgar, lo que implica quizá menor seguridad jurídica, pero de este modo el delito es más fácilmente aplicable. “Habitualidad como la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica, siendo doctrinal y jurisprudencialmente consideradas como tal, siempre que existan al menos agresiones cercanas”.¹²

V. LAS REFORMAS DE 1999

La sensibilización social va en aumento y se pide más regulación y más pena. Dando respuesta a este clamor popular, el 30 de abril de 1998, el Gobierno aprueba el I Plan de Acción contra la Violencia

¹¹ Aránguez Sánchez, C., “El concepto de habitualidad en el delito de violencia doméstica”, en Morillas Cueva (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid, 2002, p. 199.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo: STS, núm. 1161/2000 (Sala de lo Penal) de 26 de junio (RC 735/1999) en el fundamento de derecho 4o.

Doméstica,¹³ por el que se prevén, entre otras, medidas de tipo legislativo para salvar las deficiencias que venían denunciándose por gran parte de la doctrina en cuanto al tipo de violencia doméstica del artículo 153. Medidas entre las que destaca la de “incluir en el artículo 153 del Código Penal, el castigo de la violencia habitual psíquica, o plantearse otra ubicación sistemática a la vista del bien jurídico protegido”.

1. *LO 11/1999 de 30 de abril de modificación del título VIII libro II del Código Penal*

Ley que introduce el artículo 57 del Código Penal,¹⁴ estableciendo una nueva pena accesoria:

Los jueces y tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo se aproxime a la víctima o se comunique con ella o con su familia, vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del periodo de tiempo que el juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años.

“Prohibición de comunicación y aproximación a la víctima y a su familia” que se añade a algunos de los artículos del Código Penal, como una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional, y como medida de seguridad.

¹³ Estos planes de acción o de igualdad de oportunidades forman parte de los “deberes” de los Estados adheridos, o que han ratificado la Conferencia Mundial de Beijing de 1995.

¹⁴ Artículo 57, modificado en el Código Penal, que lleva a incorporar el artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim): “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o comunidad autónoma”.

2. *LO 14/1999 de 9 de junio de modificación del Código Penal del 95 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECr*

Ley que va a tocar de lleno el artículo clave en el tema de la violencia doméstica, el artículo 153 que, aunque sigue ubicado sistemáticamente dentro del título III, dedicado a las lesiones, se hace eco al fin de las críticas y peticiones doctrinales y jurisprudenciales imperantes, en cuanto a la introducción como parte del tipo, de la violencia no sólo física sino también psíquica. Es el avance más característico de esta nueva redacción.

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

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.

Las novedades a resaltar de esta nueva mejora legal serían:

- En cuanto al *bien jurídicamente protegido*, como venimos denunciando, es hora de materializar el cambio esperado desde 1989, al introducir al fin la violencia psíquica: “violencia física o psíquica, sea o haya sido su cónyuge”. Aunque el artículo 153, CP, no haya cambiado su ubicación sistemática, en verdad ésta no acapara la total definición del bien jurídico, sino que constituye tan sólo uno de los elementos que lo definen, pero que, sin embargo, no coordina con la entrada de las violencias psíquicas. El comportamiento que ahora co-

menzará a tener más fuerza en la doctrina y la jurisprudencia es el artículo 173, CP,¹⁵ que, a partir de este momento, va a resultar clave en la composición de los malos tratos. Su importancia será la clave en una de las reformas de 2003 que un poco más adelante veremos.

- Con respecto de la *habitualidad*, se observa que el artículo 153 incorpora una definición para el caso concreto de violencia doméstica, el artículo 153 dice que:

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.

El artículo 153, CP, contempla una agresión continuada, que afecta no sólo a la integridad física sino a la dignidad y la estabilidad psíquica de la persona que, en el seno de una relación de las detalladas en el artículo 153, se ve sometida, por uno de sus componentes, a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada, que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio, que vulnera la propia personalidad de la víctima.¹⁶

Esta definición de habitualidad permite acumular los actos de violencia recaídos en los diferentes sujetos del 153, además de albergar actos que no tienen por qué estar regulados dentro del mismo capítulo del Código. Hasta dicha reforma, era comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia (JP), que el delito de malos tratos físicos habituales acabara juzgándose como un delito de lesiones, pues, en virtud del principio de consunción, las violencias físicas eran absorbidas por la lesión, y a éstas se le sumaba la agravante de parentesco. A partir de ahora, el delito se torna más específico.

¹⁵ Artículo 173, CP, 1999: “El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo: STS núm. 181/2006, de 22 de febrero, RC 1203/2004.

VI. LAS LEYES ORGÁNICAS QUE MATERIALIZAN LA REFORMA EN 2003

1. *LO 27/2003 de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*

Como la misma ley indica en su Exposición de Motivos, se “pretende a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción, que la víctima pueda obtener un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal”. Dicho proyecto es lo más cercano que hasta el momento se había producido en cuanto a un intento de regular integralmente el problema de las víctimas de violencia doméstica. Así también lo que se evita es que se produzcan juicios paralelos en lo civil y lo penal para una misma causa. Se aúnan los juicios (civil y penal) para así conseguir mayor protección inmediata tanto individual, como social y jurídica.

Las medidas que el juez de guardia puede tomar para proteger a la víctima (artículo 544, LECr) son medidas de tipo penal, de tipo civil y de protección social.

A nivel procesal, todas estas reformas en torno a la orden de protección se plasman en el artículo 544 bis de la LECr,¹⁷ en él se engloba todo un paquete de medidas cautelares que servirían para dar la cobertura necesaria de protección real y efectiva de las víctimas de que se trata.

Según datos del Observatorio para la Violencia, en 2004 se adoptaron un total de 28.631 órdenes de protección, la mayoría de ellas —26.020— a instancias de las propias víctimas. En cambio, fueron denegadas 7.779, de las que 7.357 también lo fueron a petición de los denunciantes, y sólo 105 a instancias del fiscal y 39 fueron acordadas de oficio.

¹⁷ Artículo 544 bis Ley de Enjuiciamiento Criminal: “En los casos en que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el juez o Tribunal podrá... imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar... la prohibición de acudir a determinados lugares”.

Para poder hacernos una idea clara de lo que es la orden de protección y de su tratamiento jurídico y procesal en los juzgados, valoremos el esquema que se muestra en la siguiente página.¹⁸

2. *LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*

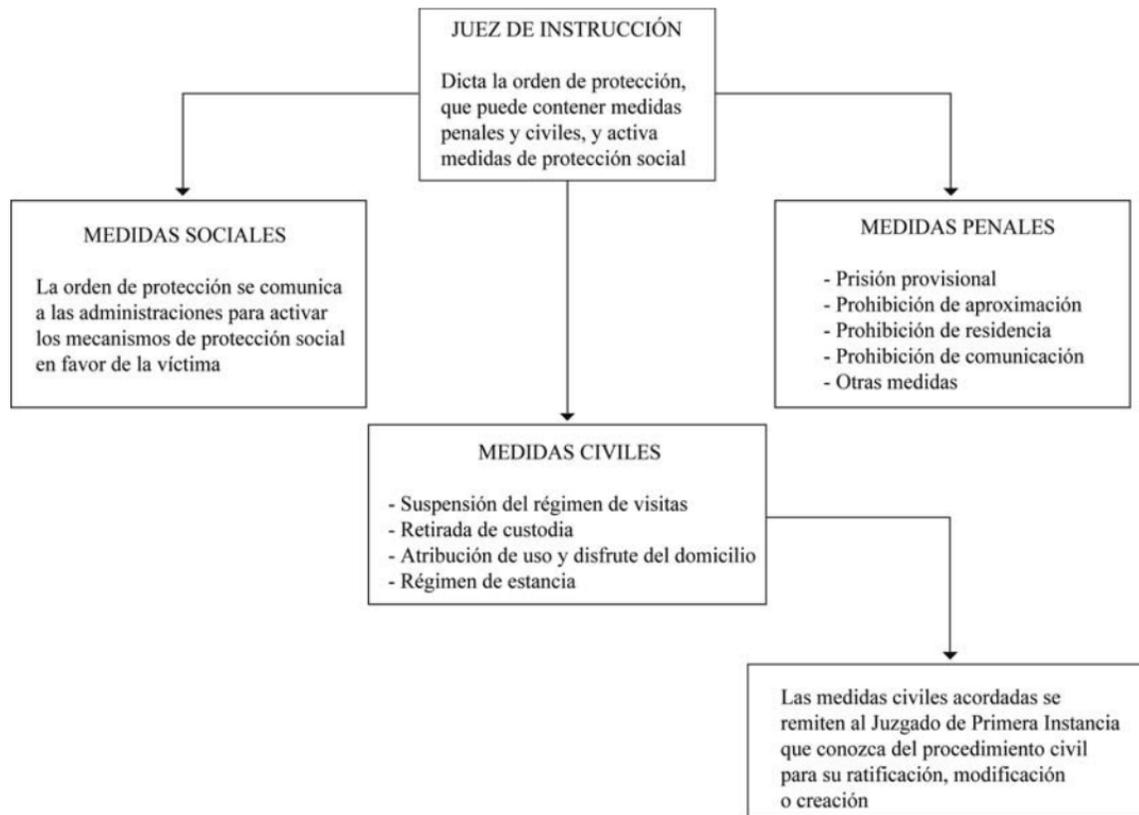
El delito que venía recogándose en el artículo 153 del Código Penal, se tipifica ahora en el artículo 173, ubicado en el título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, más acorde con la aceptación tanto de la violencia física como de la psíquica en la conducta, que queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 173, después de la Reforma (LO 11/2003):

1. El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el

¹⁸ Esquema que facilita la comprensión de lo que es una orden de protección, según el Ministerio de Justicia, que puede ser consultada en la página Web de dicho Ministerio de Justicia: http://www.mjusticia.es/es/Satellite?c=Page&cid=1057821035264&lang=es_es&menu_activo=1057821035264&pagenome=Portal_del_ciudadano%2FPage%2FAsistenciaVictimas&subseccion=MostrarAtCiudadano&titulopage=Asistencia%20a%20la%20victima&categ=AV&iden=1071043535736&subcateg=DS&cate=AV&pagina=1.



ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de 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.

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

Antes de hacer un análisis del tipo de injusto, estimamos pertinente unas conclusiones derivadas de la comparación de los dos preceptos anteriores:

- El tipo cambia de rúbrica pasando a integrarse en el título de las torturas, concretamente, en el título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”.
- Lo que se mantiene intacto en esta reforma es el logro conseguido en la LO14/1999, que es la definición de *habitualidad*, eso sí, pasa del artículo 153 al 173.2, que es el elemento que va a resultar la clave del delito. Con dicha definición, y la nueva localización dentro de los delitos contra la integridad moral, cada vez parece más claro que lo que el legislador trata de proteger es el bien jurídico integridad moral o la dignidad de toda persona humana materializada en el derecho a no ser sometida a un trato inhumano o degradante.

Para muchos, la creación de este tipo penal recogido en el artículo 173 es una figura híbrida que poco tiene que ver con la violencia doméstica, la amalgama de sujetos pasivos provoca un descontrol regulativo importante en torno a la identificación del problema originario objeto de regulación. Se ha desnaturalizado el tipo. La cuestión que

se plantea parte de la doctrina acerca de la conveniencia político criminal de mezclar a familiares y no familiares para darles la misma pena, a lo que, por ejemplo, Patricia Laurenzo Copello¹⁹ responde con que se resta especificidad al delito de violencia doméstica.

Por lo que respecta a lo sucedido con el artículo 153 tras esta reforma, no es que se haya dejado vacío de contenido al pasar aquel a formar parte del 173, sino que pasa a regular los malos tratos no habituales, permanece inserto en la rúbrica de las lesiones, pero al no recoger la habitualidad, el tipo se hace más coherente con dicha ubicación sistemática. Este injusto se forma a partir de una conversión de la antigua falta de lesiones leves, malos tratos de obra y amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos, en delito, cuando el sujeto pasivo sea alguno de los del círculo familiar protegido penalmente (los sujetos a que se refiere el nuevo 173). Siendo así, que el 617.2 pasa a integrar el 153, incorporando la novedad del “menoscabo psíquico”. Así como del anterior artículo 620, se extraen las amenazas leves con armas, que también pasan a integrar el delito del 153.

¿Cuáles fueron las razones que se alegaron para efectuar dicha ampliación punitiva?

- Por una parte, desde un punto de vista criminológico, se dice que la cifra de delitos de malos tratos y el número de mujeres muertas a manos de sus parejas no disminuye, por tanto, desde la prevención general y especial parecería conveniente seguir esta tendencia incriminadora, que amenazase cada vez más a una población suficientemente sensibilizada como para no seguir practicando este tipo de hábito de maltrato a la mujer. Y avisar a quien no se atenga de realizar estos comportamientos de que cada vez se paga más caro.
- Y por otra parte, desde el punto de vista dogmático, la falta del 617 pasa a ser delito del 153 y del 173, alegando que son esos primeros golpes y amenazas el mensaje que da el agresor para luego incrementar su actividad y así entrar en

¹⁹ Laurenzo Copello, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma participativa”, en Serta, *In Memoriam Alexadri Baratta*, Salamanca, Fernando Pérez Álvarez (ed.), 2004.

el ciclo de la violencia definido por Leonor Walker,²⁰ revisado anteriormente. En esta línea, la doctora Carmen Rodríguez²¹ considera que “tiene que ver con la constatación de un aumento cuantitativo y cualitativo de la violencia doméstica en los últimos años, y la creencia por parte del legislador de que una de las causas de ese aumento ha podido ser la ineficacia de la falta regulada en el 617”.

La pregunta que nos planteamos al analizar esta situación es: ¿realmente no se están rebasando las cuotas mínimas de proporcionalidad permitidas, por un derecho penal de un Estado democrático?, ya que, aunque es verdad que ésta es una situación diferente a todas aquellas que comparten mención en el código penal (puesto que se establece entre personas con una relación íntima y amorosa, y está más que probado que muchas mujeres acaban muertas), la realidad nos demuestra que no se educa a las personas a golpe de legislación, y además estos comportamientos carecen de entidad suficiente como para ser castigados como delito.

Como hemos visto, esta reforma da mucho de sí, y sobre ella son diversos los cambios que se pueden mencionar, como la distinción entre malos tratos:

a) Delito de malos tratos habituales, que es el que abandona la rúbrica de las lesiones, y se introduce entre los delitos contra la integridad moral, y pasa a formar parte del artículo 173.

b) Delito de malos tratos no habituales: que son los que quedan dentro del 153, artículo creado a través de las antiguas faltas: 617.1 (falta de lesiones), 617.2 (falta de malos tratos) y del 620.1 (falta de amenazas), que son delito cuando se realizan a uno de los sujetos pasivos del 173.2.

²⁰ Véase E. L. Walker y su doctrina sobre el ciclo de la violencia familiar en *The Battered Woman Syndrome*, 2a. ed., Nueva York, primavera de 2000.

²¹ Rodríguez Gómez, C., “Notas sobre la última reforma penal en materia de violencia doméstica”, en Diego Díaz-Santos, Ma. R.; Fabián Caparrós, E. y Rodríguez Gómez, C., *La reforma penal a debate*, 2004, p. 190.

3. *LO 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal*

De las novedades a destacar, es que el legislador²² en esta reforma opta por disminuir la pena de prisión mínima, que ya no son seis meses sino tres, alegando la función de prevención general de la pena corta privativa de libertad.

Se introduce como novedad la pena de localización permanente, que parece ser muy útil para el caso del maltratador doméstico si está bien reglamentada, ya que éstos en su ceguera por conseguir su objetivo, que suele ser la muerte de la víctima, no respetan las prohibiciones interpuestas por el juez.

Además, se produce una ampliación de la duración máxima de la privación del derecho a la tenencia de armas, que pasa de 10 a 15 años, y a su vez, se produce un incremento de la duración máxima de las penas de alejamiento de la víctima, y se establecen por separado las tres modalidades de alejamiento, para que el juez aplique en cada caso la que estime más conveniente (artículo 48):

- Prohibición de residir y acudir a determinados lugares.
- Prohibición de aproximación a la víctima u otras personas.
- Prohibición de comunicación con la víctima u otras personas.

Lo que en definitiva es dable destacar tras esta última reforma de 2003, es la introducción de la pena de localización permanente en los artículos 617 y 620 del CP.

Tras este maremágnum de reformas legislativas, parece que las cosas quedan claras en el panorama doméstico. Sin embargo, todos estos cambios normativos en tan poco tiempo, unidos a un cambio de Gobierno, fueron el caldo de cultivo propicio para que en un año se produjese otra transformación de los mismos delitos, tras la promulgación de la tan ansiada Ley de Medidas de Protección Integral con-

²² Exposición de Motivos II de la LO 15/2003 de 25 de noviembre: “La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia. Al mismo tiempo, esta duración mínima permite estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos”.

tra la Violencia de Género, que ya había tenido algún intento de aparición, pero que por lo polémico del asunto no se produjo hasta diciembre de 2004.

VII. LA LEGISLACIÓN EN ESPAÑA A PARTIR DE 2004. LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO, DE 28 DE DICIEMBRE DE 2004

De esta reforma de 2004 son dos tipos delictivos el objeto de nuestro análisis: 1) El tipo específico de *violencia de género*, cuyo ámbito subjetivo ha creado la gran polémica en torno a esta nueva ley, recogido en los artículos 153, 171.4 y 172.2, CP; 2) El de *violencia doméstica* recogido en el 173.2, CP.

1) Por una parte, conductas anteriormente tipificadas como faltas por su escasa entidad (del anterior 617), pasan a ser delito del 153.1 cuando es un hombre el que lo acomete en contra de su esposa, ex esposa o persona a la que se halle unida por análoga relación de afectividad:

Artículo 153, LO 1/2004: 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Por su parte, del viejo artículo 620 se han desligado las amenazas y coacciones leves que pasan a ser delito de los artículos 171.4 y 172.2, cuando el sujeto activo específicamente es un hombre y el sujeto pasivo una mujer.

Artículo 171. 4, LO 1/2004: El que *de modo leve amenace* a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Artículo 172.2 LO, 1/2004: El que *de modo leve coaccione* a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Del anterior artículo 153, CP, se separa el párrafo que decía: “El que... amenazara a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado”, lo cual pasa a la rúbrica propia “De las amenazas”, del capítulo II, concretamente en el artículo 171.5: “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 será castigado”.

Por otra parte, incluso mayor reproche merece para muchos, ya no sólo haber elevado a delito conductas sin la entidad suficiente para serlo, como ya hemos visto, sino que además, en estos tipos se ha basado la criminalización de las conductas en el hecho de que sea el

varón el que las lleve a cabo sobre su pareja o ex pareja. Lo cual deja una ventana abierta a una interpretación del nuevo rumbo adquirido: la vuelta a un derecho penal de autor inconcebible en pleno siglo XXI. Esto se traduce en algo muy sencillo: cuando es la mujer la que ejerce algún tipo de amenaza o coacción a su pareja o ex pareja, la conducta se lleva por la falta del 620, en la cual la mujer sería castigada con una pena de multa de diez a veinte días; sin embargo, si las comete un hombre sobre su mujer, puede ser castigado con pena de seis meses a un año de prisión.

Por tanto, basar una pena en la intención que se estima en el autor de acometer hechos violentos en el futuro (se supone que una amenaza leve es una primera señal que da el agresor para a partir de ahí incrementar la intensidad de los actos de violencia), y además, agravarlos por ser un varón el que los lleva a cabo sobre una mujer, son castigos que resultan intolerables y que no corresponden con los comportamientos esperados por parte de un Estado de derecho avanzado, como pretende serlo el español. Es cierto que la mujer por su especial vulnerabilidad va a ser la más beneficiada por la Ley al ser la parte de la población más perjudicada por los malos tratos (por tanto, mayor uso va a hacer del mismo), pero si estos preceptos no hicieran distinción entre hombres y mujeres, no implicaría menor protección para éstas. Es decir, lo mismo da que las mujeres y los hombres entren a formar parte del delito, que sólo sean las mujeres las beneficiarias. Ello no restaría eficacia a la lucha contra estos “crímenes de amor”. Lo que, sin embargo, al excluir a los hombres se estaría incurriendo en una violación al principio de igualdad del artículo 14 de la *Constitución*. Un trato discriminatorio que muchos no tolerarían, por creerlo injustificado en este campo, como en el artículo anterior dejamos ver.

Resumiendo, podríamos argumentar que los delitos regulados y analizados como explicativos del propio nombre de la Ley, y que le brindan su legitimidad, es decir, aquellos que basan la pena en el género de uno u otro sujeto, son los que crean el mayor punto de rechazo a la misma. La acción u omisión en todos ellos está basada en la relación de afectividad entre sujeto activo y pasivo, y en el hecho de que el sujeto activo sea hombre y el pasivo una mujer. No dejan lugar a dudas: se trata de un delito cuando el hombre amenaza,

coacciona, o cause un menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este código, y se trata de una falta cuando una mujer lo lleva a cabo en contra de un hombre, o de otra mujer, y cuando un hombre lo ejerce sobre otro hombre o sobre cualquier otra persona del 173.2. El bien jurídico que trata de protegerse es la libertad en el caso de las amenazas y coacciones del 171.4 y 172.2, respectivamente, y en el caso del 153.1, es el mismo que el delito de lesiones, aunque despiste esa incorporación del menoscabo psíquico, sigue siendo la salud, la integridad física y psíquica.

2) El artículo 173 queda regulado tal cual tras la reforma introducida por la LO 11/2003, sin ningún cambio aparente, en el que el 173.2 sigue recogiendo el delito de violencia doméstica. Entraría en concurso con el resto de delitos cometidos, ya nadie pone en duda que el bien jurídicamente protegido sea la dignidad de la persona, en este caso, no dignidad de la mujer, sino de la persona, sin distinción de género. Y el requisito de la habitualidad sigue intacto.

Como en todas las reformas que han ido solapándose en los últimos tiempos, ésta no escapa a ser objeto de crítica; tanto detractores como aduladores coinciden en general en alabar los aspectos de prevención de la Ley, como las medidas encaminadas a la Educación,²³ a las ayudas económicas, a la asistencia e información, incluso a la creación generalizada de las fiscalías especiales y los juzgados. Son los grandes avances que se producen en la lucha contra esta lacra social. Sin embargo, para muchos, dichos logros quedan empañados por el hecho de tratar la prevención general como medida de educación social. Dando el rol a los preceptos mencionados de vengador justiciero de toda la trama machista base de la sociedad.

En opinión de Rosa María Álvarez, para combatir de forma general el fenómeno de la violencia familiar, es necesario un marco legislativo, pero éste por sí sólo no resuelve el problema, si al mismo

²³ Como la Ley indica, en materia de educación, instar a los colegios a la enseñanza de igualdad, aparece una noticia en el periódico *De Gratis*, de la semana del 17 al 23 de noviembre de 2006, en el que un colegio de un pueblo cercano a Salamanca, Villamayor, en el colegio “Piedra de Arte” concretamente, se ha puesto en marcha un programa que tiene como “objeto la promoción de la igualdad de género... además de concienciar y sensibilizar a los escolares sobre la necesidad e importancia del cambio de roles y estereotipos establecidos en función del género”. Dicho proyecto de igualdad está destinado a alumnos de entre 8 y 12 años.

tiempo no se materializa “en programas sociales y acciones preventivas, que a través de la educación, promuevan en la sociedad la cultura de respeto a la dignidad de las personas”.²⁴ Hassemer, respecto al derecho penal simbólico, objeta que “la ganancia preventiva que lleva consigo no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del *empresario moral*”.²⁵ Si aplicamos esto último entenderemos aquellas posturas que, lejos de ver dicha ley como un elemento normativo clave, capaz de combatir la violencia de género, proclaman serias lagunas que impiden garantizar a las mujeres una vida libre de violencia. Otro de los informes más recientes de Amnistía Internacional (AI), llamado “Más derechos, los mismos obstáculos. La protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres un año después de la plena entrada en vigor de la Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género”, de junio de 2006, en la que se pone de manifiesto que:

A pesar de la acogida positiva que tuvo el informe *Más allá del papel* por parte de las autoridades españolas, que sostuvieron reuniones con AI la semana posterior a su presentación, la organización pudo detectar escollos a la hora de paliar algunos de los importantes obstáculos detectados. Un ejemplo de falta de voluntad política se refiere a la situación de vulnerabilidad y discriminación añadida de las inmigrantes indocumentadas víctimas de violencia de género. El 25 de noviembre de 2005, AI hizo público un informe en el que mostraba honda preocupación por decisiones del Gobierno español, tomadas en desarrollo de la Ley Integral, que no sólo no paliaban la situación de desprotección y discriminación que sufría este colectivo con anterioridad a la aprobación de la citada ley, sino que venían a agravarla.²⁶

²⁴ Álvarez González, R. A., “La violencia familiar en México. Panorama legislativo”, en Adame Goddard, J. (coord.) *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Comparados*, 2005. Se puede consultar también en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1590/5.pdf>.

²⁵ Hassemer, W., “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Pena y Estado. Función simbólica de la pena*, Barcelona, núm. 1, septiembre-diciembre de 1991, p. 35.

²⁶ Informe: “Más derechos, los mismos obstáculos. La protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres, un año después de la plena entrada en vigor de la Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia de Género”. Consultar en

Según el avance que hemos ido haciendo en el tipo de violencia familiar, comprobamos que el legislador, desde 1989, ha ido incrementando el ámbito subjetivo del tipo penal, a la par que ha ido criminalizando conductas de menor entidad con penas cada vez mayores, hasta llegar a 2004, en el que dicha situación se hace insostenible pues, además de elevar conductas aceptadas como falta (como pueden ser amenazar o coaccionar de forma leve a otro), a la categoría de delito, justifica ese adelanto de las barreras de protección del derecho penal al hecho de que sea un hombre el que las lleve a cabo sobre su mujer.

En cuanto a la suspensión y sustitución de penas, según Nieves Mulas Sanz,²⁷ por la duración de la pena de prisión prevista en los delitos de maltrato, habitual y no habitual, además de los relacionados con la violencia de género (se entienden los artículos 171.4, 5 y 6 y el 172.2), en la mayoría de los casos la pena podrá ser suspendida o sustituida, además por lo establecido en la LO 15/2003 (prohibición de comunicación y prohibición de aproximación), la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género añade la condición recogida en la regla 5a. del mismo artículo 83.1 “participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares”. La cual juzga como una previsión acertada siempre que fuera potestativa, pues son muchos los casos en los que el consumo de sustancias psicotrópicas son las que determinan el comportamiento violento. Por tanto, se le suspende la pena de prisión por su inicio en un tratamiento de desintoxicación, pero se mantiene la ejecución de las penas accesorias correspondientes.

Estamos de acuerdo en que el hecho criminológico no cesa, y que el valor que el tema está alcanzando desde el punto de vista social (política criminal) suscita cada vez mayor interés del legislador que desencadena este tipo de legislación con pretensiones de ser cada vez

http://es.amnesty.org/nomasviolencia/docs/informes_ai/02regiones/04europa/espana/informe_antiservario_ley_integral.pdf.

²⁷ Sanz Mulas, N. *et al.* (coords.), “Comentario al título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Madrid, 2005, pp. 158 y 159.

más eficaz y menos garantista. La proporcionalidad entre el hecho delictivo en este caso concreto del artículo 153 (las amenazas y coacciones leves del hombre contra su pareja femenina) y la pena (incluso de cárcel) que para ella se estima, ocasiona un choque con un derecho penal del hecho, lo que para muchos es inconcebible en pleno siglo XXI.

VIII. CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

Ya hemos visto y comprobado que son muchas las voces que claman un cambio de actitud ante el problema de violencia de género, pero que, sin embargo, no ven en esta Ley la solución. A través de todos los cambios acaecidos durante estos últimos años, en el tema siempre se han producido posicionamientos a favor y en contra. Ya ocurrió con la LO 11/2003, la cual modificó el 153, que lo lleva al 173, y el 153 lo llena con la antigua falta de lesiones, por lo que el 617 quedaba vacío de contenido en lo relativo a la falta de lesiones o malos tratos entre familiares, porque se convirtió en delito sobre la base de la especialidad del sujeto pasivo. Acorde a los parámetros de proporcionalidad y de legalidad, esta reforma mereció para algunos un recurso de inconstitucionalidad puesto que no respetaba los artículos 1.1, 9.3, 10 y 25 de nuestra Constitución. Dicho recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Juzgado de lo Penal núm. 12 de Valencia. El Tribunal Constitucional (de ahora en adelante TC) no admitió “la presente cuestión de inconstitucionalidad por ser notoriamente infundada”.

La Sala 3a. del TC el 13 de septiembre de 2005, mediante Auto. Rec. 4570/2004, desestima la pretensión de inconstitucional planteada por:

Entenderla notablemente infundada. Afirma que a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela, y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas, y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad deseada, debe concluirse que tal tipificación no vulnera el principio de proporcionalidad, pues no es posible constatar un desequilibrio patente entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta.

Pero la situación se reproduce con la LO 1/2004 de 28 de diciembre. Desde que fue aprobada dicha ley, ya han sido unos cuantos juzgados los que al intentar la aplicación de sus artículos se han topado con dificultades al creer que dicha ley va en contra de principios fundamentales proclamados en la CE como el de igualdad.

Así, en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 61 del lunes 13 de marzo de 2006, aparecen varios recursos de inconstitucionalidad sobre la misma, que sí han sido admitidos a trámite por el TC:

- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 5983-2005 en relación con el artículo 171.4 del código penal, en redacción dada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por posible vulneración de los artículos 9.3, 14, 17.1, 24.2 y 25 de la CE, según la titular del Juzgado núm. 1 de Murcia.
- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6618-2005, en relación con el artículo 153.1 del Código Penal en la redacción dada... El TC admite a trámite por Providencia de 28 de febrero de 2006 dicha solicitud planteada por el Juzgado de lo penal núm. 1 de Valladolid en relación al 153.1 por vulneración de los artículos 14, 24, 25.
- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 6660-2005 en relación al artículo 153.1 planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Toledo, por posible vulneración a artículos 1.1, 9.1, 10 y 14 de la CE admitida a trámite por el TC en febrero de 2006.
- Cuestión de inconstitucionalidad núm. 7258-2005 en relación al artículo 171.4 del código Penal admitida a trámite por el TC el 28 de febrero de 2006 por posible vulneración a los artículos 9.3, 14, 17.1 y 25 de la CE, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Orihuela.

Son muchos los juzgados que encuentran realmente difícil su aplicación, al no comprender por qué la ley no ampara a todas las víctimas por igual, sin importar su sexo. Una de las pioneras en expresar su parecer en contra de dicha regulación ha sido María Poza, juez titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, que ya el 29 de julio de 2005 comprobó que el 153. 1 del código penal, tras la reforma

de 2004, no estaba acorde con los principios constitucionales. En su Informe al TC, la jueza señala que el legislador no puede tomar en cuenta ni el tipo de relación ni el sexo del agresor para determinar la pena, pues vulneraría el principio de igualdad.²⁸ No admite la distinción que la Ley emplea para calificar de delito un comportamiento que el hombre lleva a cabo sobre la mujer y, sin embargo, tacharlo de falta cuando es la mujer la que lo comete. Habrá que esperar a ver qué es lo que dice el máximo intérprete de nuestra Constitución acerca de la viabilidad o no de esta Ley.

IX. CONCLUSIONES

1. En España, el ilícito penal comienza a regularse en el Código Penal, a raíz de una reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio. El bien jurídico es la *dignidad* (aunque éste no es reconocido por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, hasta la reforma operada por LO 11/2003 de 29 de septiembre). Es un delito que puede perseguirse de oficio en todos los casos. Contiene un elemento objetivo en el tipo, indispensable para hablar de malos tratos habituales, que es la habitualidad; una habitualidad específica para dicho delito que viene identificada en el mismo tipo en el que se regula la violencia doméstica, en el artículo 173, CP. Hasta 1999, no se incluyeron las violencias psíquicas en el tipo del injusto.

2. Desde 2003, se incluyó como violencia típica, aquella que los guardadores de centros públicos o privados llevasen a cabo sobre sus protegidos, y desde ese entonces, venimos echando en falta la inclusión, junto al elenco de penas,²⁹ de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio de la profesión. Su

²⁸ Titular del periódico *LaVerdad* en versión digital: “La juez Poza consigue que el Constitucional se pronuncie sobre la discriminación del hombre en la Ley de Maltrato. La magistrada planteó la inconstitucionalidad de la norma y el Alto Tribunal acaba de admitir a trámite la cuestión”. Consultar en http://servicios.laverdad.es/murcia/pg060210/prensa/noticias/Region_Murcia/200602/10/MUR-REG-021.html.

²⁹ Se contemplan las penas de prisión, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

inclusión, se echa de menos en la última reforma que aprueba la Ley Integral, dentro de su artículo 173, referida a la violencia doméstica.

3. Tras el derroche normativo al que hemos asistido en los últimos años, por fin una Ley Integral de época reciente (2004) parece dar un poco de luz a este asunto. Sin embargo, lejos de alcanzar este propósito inicial, lo que se ha conseguido ha sido nuevamente mayor retribución para el maltratador. La Ley Integral trae consigo un nuevo delito, el de violencia de género, con el que parte de la doctrina y de la jurisprudencia no está conforme. El punto discordante ocurre con la introducción de un delito específico de violencia de género, basado en las agresiones que dentro del hogar un hombre ocasiona a su mujer.

4. Es lógico pensar que si el castigo que merece una amenaza leve, o una bofetada, se equipara a la pena que merece una paliza, el agresor va a preferir la paliza, por su propia naturaleza; resulta por tanto importante no perder de vista el tema de la proporcionalidad. Cuando en España a finales del siglo pasado sucedieron todos aquellos casos de violación, la opinión pública pedía más pena para los violadores, sin embargo esto resultó contraproducente por el mismo análisis, si se pena igual un ataque a la libertad sexual que un ataque al bien jurídico vida, el agresor sexual va a violar y después matar a la mujer, saliendo el homicidio gratis.

5. Los principios de culpabilidad y proporcionalidad se están viendo afectados desde el momento que se elevan conductas con entidad de falta a delito, pero además cuando estas conductas se elevan a delito, motivadas por el sexo de las personas intervinientes, tan sólo cuando el sujeto activo es varón y el sujeto pasivo es mujer. Este fenómeno provoca un estigma por adelantado en el hombre que acude a un Juzgado de Violencia contra la Mujer, y hace tambalear al mismo tiempo otro de los principios básicos de la división de poderes y la independencia de los jueces, que inconscientemente prejuzga al maltratador como tal.

6. El debate creado acerca de la necesidad o no, o más bien de la constitucionalidad o no, de un delito específico de violencia de género, ha abierto dos frentes de debate, los que se postulan a favor, y los que se oponen a su tipificación, alegando que no es concebible dentro de nuestro programa penal constitucional un retroceso a un dere-

cho penal de autor. El novedoso delito de violencia de género consiste en juzgar como delito las amenazas y coacciones leves, las amenazas con armas o instrumentos peligrosos, además de la producción de un menoscabo psíquico o la producción de una lesión no definidos como delito en este código, cuando sea un hombre, dentro de una relación de pareja, el que las lleve a cabo contra su mujer. Debate que se creía zanjado desde 1983, cuando se produjo en España la reforma que introdujo en nuestro derecho penal el principio de culpabilidad y el derecho penal de hecho. En su última reforma, llevada a cabo en 2004, queda reflejada una voluntad social retributiva, más que una voluntad política acorde a los parámetros de un derecho inserto en un Estado democrático. Las garantías más básicas que fundamentan y sostienen nuestro sistema democrático, se están viendo desbordadas por la presión mediática a la que estamos siendo sometidos diariamente, la cual está eclipsando la propia lógica que debe regir en un legislador que aprecie los postulados constitucionales. Los parámetros y directrices que nuestro derecho penal constitucional establece, están siendo aniquilados por una voluntad de hierro cada vez más castigadora, que pide más responsabilidad penal para los agresores domésticos.

7. Habrá que virar hacia nuevas perspectivas si nuestro propósito realmente es acabar con este cáncer social. La realidad demuestra que es en el terreno educativo, como control social, donde habrá que poner todos los medios de los que el Estado y la sociedad dispongan para intentar cambiar unos hábitos que son tan antiguos como la sociedad misma. Es todavía evidente hoy la tensión existente entre costumbre y derecho en esta materia. La costumbre, según viene siendo nuestra experiencia, no es fácilmente derrocable por la Ley, por lo que habrá que apostar por la educación como arma que acabe con la violencia en nuestros hogares, una educación en igualdad, es decir en medidas preventivas, pues el derecho penal actúa una vez que el daño ya se ha realizado.