

La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español.*

Prof. Dr. Luís Arroyo Zapatero.

Presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social y Director del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional. Universidad de Castilla – La Mancha. Ciudad Real.

www.cienciaspenales.net

1. Introducción; 2. Las reformas penales de 1989, 1995 y 1999: El descubrimiento del problema; 3. Las reformas de 2003: Creación del delito contra la integridad moral, de la orden de protección y ampliación de la prisión provisional; 4. Balance de 15 años de reformas en las vísperas de la Ley Integral de 2004; 5. La contradicción principal del tratamiento penal de los malos tratos y de las violencias de los hombres sobre las mujeres: el déficit del conocimiento criminológico y la poca voluntad de reconocerlo; 6. La Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género de 2004; 7. Constitucionalidad de las novedades punitivas de la ley; 8. Conclusiones.

* En memoria de María del Mar Díaz Pita, universitaria de una pieza. Ciudad Real, marzo de 2007, en curso de publicación por Tirant lo Blanc en el libro homenaje a María del Mar Díaz Pita.

1.- Introducción.¹

La cuestión de los malos tratos a las mujeres presenta gran complejidad por razones culturales, jurídicas y criminológicas. En lo antropológico cultural baste decir que aunque hoy en día -salvo los imanes radicales- no hay nadie que se atreva a afirmar que la mujer debe estar sometida al marido, incluso por la fuerza, como proclamó nuestra tradición por boca de Santo Tomás y nuestra modernidad ilustrada por la de Rousseau, remachada por el propio Napoleón, de cuyo Código civil se acaba de cumplir el 200 aniversario². Apenas a finales de los años 60 comienza a afirmarse la idea de la radical igualdad de hombres y mujeres en la pareja. En otro orden de cosas se

¹ El origen de éste texto se encuentra en mi Dictamen para el Congreso de los Diputados presentado el 8 de septiembre de 2004, durante el debate parlamentario de la que terminaría siendo *Ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género*, ver en *Diario de Sesiones del congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales* de los días 19 de julio 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a la sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión. Mi texto se encuentra en páginas. 11 a 29, de la sesión 9. Puede verse, así como los de los restantes comparecientes, en la página Web del Congreso ([www.congreso.es/publicaciones/Diario de sesiones de Comisiones](http://www.congreso.es/publicaciones/Diario_de_sesiones_de_Comisiones)) de la citada comisión de ese día y del los posteriores. De destacar son los de Fernando VALDES DAL RE, p.36 y ss; Gregorio PECES BARBA, pág. 1 a 11 de la sesión. 5, Enriqueta CHICANO, p. 22 a 35, J. M. ASECIO MELLADO, p. 49 a 60. Mi texto ha sido reelaborado con el debate e informes posteriores a la aprobación de la Ley, así como la última literatura publicada hasta enero de 2007, pero el nudo de la argumentación más relevante y quizá mas original de mi planteamiento, como es el relativo a la constitucionalidad de la incriminación agravada de las conductas de los varones sobre mujeres, se mantiene plenamente. De la más reciente literatura que debe darse cuenta en esta nota introductoria especialmente Adela ASÜA BATARRITA, *Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en España*, en <http://infojuridicas.unam.mx>, México 2005; David GIMÉNEZ GLÜCK e Isabel VALDECABRES (coord.) *La Administración de Justicia en la Ley Integral de violencia de género*, ed. del Ministerio de Justicia, Madrid 2005, 282 págs.; Olga FUENTES SORIANO, *La constitucionalidad de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *La Ley* 18 nov. 2005; Patricia LAURENZO COPELLO, *La violencia de género en la Ley integral*, RECPC 07-08 (2005); y M. A. BOLDOVA y M. A. RUEDA, (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia de doméstica y de género*, Atelier, Barcelona 2006; Maria Luisa MAQUEDA, *La violencia de género, entre el concepto jurídico y la realidad social*, en RECPC 08-02(2006); P. ALAMBRA, M. COMAS et al., *Guía práctica de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género*, en [www.poderjudicial.es/Observatorio contra la Violencia Domestica y de Genero / El Observatorio / Actividades del Observatorio ...](http://www.poderjudicial.es/Observatorio_contra_la_Violencia_Domestica_y_de_Genero/El_Observatorio/Actividades_del_Observatorio...) / Información y documentación ; Monográfico de *la Revista Jurídica de Igualdad de Género Themis* 2006, en www.mujeresjuristasthemis.org/novedades. (Consulta 12.8.06.).

² Como nos lo recuerda Robert BADINTER en un hermoso opúsculo conmemorativo del Código civil: *Le plus grand bien*, Fayard, Paris 2004. El régimen de subordinación es obra suya, no en vano presidió personalmente 55 de las 107 sesiones de la Comisión de Codificación v. p. 57.

plantea al filo del 68 la necesaria retirada del Derecho penal en las relaciones homosexuales entre adultos, la primera victoria contra el derecho penal moralizante, bien es verdad que tuvo lugar en Alemania y que en España requirió veinte años más y una sentencia manipulativa de Tribunal Constitucional para acabar por vía procesal con la Ley de “peligrosidad y rehabilitación social”.

En España la vigencia de la tradición llega -por razones bien conocidas- hasta antes de ayer. Sólo en 1963 se deroga el privilegio del varón de la cuasi impunidad para dar muerte a su mujer sorprendida en adulterio³. Y sólo ayer mismo, en los albores de la democracia, en 1977 se despenalizaba el adulterio y se suprimía la discriminación que el código penal hacía de la mujer al requerir para el adulterio masculino el público amancebamiento. A la mujer le bastaba con un único descuido revelado por el marido, mientras que para incriminar a éste se requería la pública exhibición. Debe recordarse también que la legalización del divorcio llegó solamente en 1981 y la parcial despenalización del aborto comenzó tan sólo en 1985 y, como sabemos, no hemos superado aquí el sistema de indicaciones, que no permite la libre decisión de la mujer en el período ordinario europeo de los tres primeros meses de la gestación. El privilegio del infanticidio y el aborto *honoris causa* tienen la misma raíz masculina que todo lo anterior.⁴

³ La evolución histórica del tratamiento de la mujer por los Códigos penales está muy bien desarrollada por M. J. CRUZ BLANCA, *Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal*, en L. MORILLAS, *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa Madrid 200, p.19 y ss.; María ACALE SANCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant, Valencia 2000, p. 23 y ss. Para Portugal, pero con valor general, v. Teresa Pizarro BELEZA, *Mulheres, Direito, Crime, ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa 1990.

⁴ Vid. Eduardo DEMETRIO CRESPO, *El uxoricidio en la legislación española*, lamentablemente publicado de momento sólo en turco y alemán como *Der Gattenmord wegen Ehebruch*, en “*International symposium on issue of custom and honour killing*”, edit. Akader, Diyarbakir 2003, p. 214 y ss. De mucho interés al respecto ver una síntesis del debate parlamentario de la discusión del Código de 1822 en J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación penal española. Codificación penal*, I, Ministerio de Justicia, Madrid 1970, p. 127 a 129. Sobre el proceso de reformas penales en cuestiones de libertad personal y , por lo tanto, en lo que a la condición de la

Es más, resulta muy significativo que en la legislación histórica se hayan previsto de modo constante dos tipos de faltas⁵ singulares: la del marido que maltratase a su mujer, aún cuando no le causase lesiones, y la de “la mujer desobediente a su marido que le provocase o injuriare” previstas en el art. 483,1 del Código de 1848, que se reproducen en el art. 603, 2 y 3 del Código de 1870 y que se mantiene en el Código de 1932, perdiendo la referencia a la desobediencia y sustituyendo la provocación y la injuria por el maltrato de palabra y obra, y que continúa supérstite hasta la reforma del Código de 1983, que crea la falta –bilateral- de malos tratos. Para lo que sirve la referencia histórica es para poner de relieve la sabiduría de los legisladores de los códigos del siglo XIX frente a algunos contemporáneos: *los maridos maltratan y las mujeres desobedecen y se rebelan*⁶.

El sometimiento de la mujer estaba explícito en la moral oficial y en la legislación vigente hasta nuestro tiempo cercano. No es de extrañar que esa moral oficial histórica esté todavía bien presente y vigente en la cabeza de muchos hombres, e incluso de sus víctimas mujeres, y que esa concepción de dominio natural sobre la mujer que tantos tienen a flor de piel, o escondida en el reservorio más profundo de la memoria emocional, rebrote ante la vida en una

mujer se refiere a lo largo de la transición española a la democracia v. ARROYO ZAPATERO, *La moderna política criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria*, en “Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy”, Ed. Giuffrè y Centro Nazionale de Prevencione e difesa sociale, Milan 1988, p. 188 y ss. Sobre la transición “penal” en Portugal, v. T. P. BELEZA, cit., p. 211 y ss., sobre el uxoricidio v. p. 212 y s.

⁵ Para el lector no conocedor del Derecho español debe advertirse que en la legislación penal española histórica y actual son faltas las infracciones penales más leves, que se castigaban hasta 1995 con pena privativa de libertad de hasta un mes, y desde el nuevo código solo con multa y restricciones de derechos que no privan de libertad, v. art. 33.4. Se juzgan en un proceso diferente del de los delitos.

⁶ Sonoras referencias de género en el debate del Código de 1822 pueden verse en Emilio CORTÉS BECHIARELLI, *Delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Madrid-Barcelona 2000, p.9.

España moderna en la que la mujer se abre paso como ser autónomo e igual, a pesar de todas las limitaciones sabidas y por aprender.⁷

Pero junto a la moral oficial y a las leyes está siempre la concepción del mundo de los aplicadores del Derecho penal y, al margen de un porcentaje todavía relevante de mentalidades más próximas a Santo Tomás que a Rousseau, no es menos cierto también que hasta la actual crisis la idea general preponderante consistía en que lo mejor y más prudente era la mínima intervención en los conflictos de la vida doméstica, de la esfera de *lo privado*⁸. Con ello, lo que no se veía se acompañaba del no querer ver.

Pero un buen día todo lo que era invisible o no se quería ver se coló lo en la primera página de los periódicos y en las ediciones de los telediarios, sin soltarla, y la ilusión del paraíso de la igualdad de hombres y mujeres de la joven democracia española se quebró al mostrar un infierno radicalmente intolerable. Una idea completa no la dan los datos anuales de mujeres muertas por sus parejas, sino el número de denuncias de hechos de violencia de género que hemos conocido después de establecerse los mecanismos de las órdenes de protección.

Para el año 2004 el Consejo General del Poder Judicial llegaba a registrar 91.865 denuncias por violencia *doméstica* sobre la mujer, así como la adopción por los jueces de 26.020 de las 33.766 órdenes de protección solicitadas

⁷ Una amplia visión jurídica y económica del cambio de posición de la mujer v. Alberto PALOMAR OLMEDA, coord., *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, Edic, de Tirant y Comisiones Obreras, Valencia 2005, 652 págs.

⁸ Vid. Enrique RUIZ VADILLO, *La violencia física en el hogar*, en “Actualidad Aranzadi”, 22 enero 1998, p. 2. ; v. asimismo JJ RUIZ RICO, *El sexo de sus señorías*, Madrid 1991. Resultan de mucho interés los informes anuales que publica la Federación de Mujeres Progresistas sobre los reparos de género sobre sentencias, parcialmente recogidas en los periódicos, v. en www.mujeresprogresistas.org, el IV alcanza el año 2003, aun cuando sería necesario un examen pormenorizado sobre las propias sentencias.

por las víctimas y se constataron 72 mujeres muertas por su pareja o ex-pareja, todo lo cual resulta una barbaridad.⁹

2. Las reformas penales 1989, 1995 y 1999: El descubrimiento del problema.

La frecuencia y gravedad de la situación comenzó a convertirse en problema de opinión pública a finales de los 80 y con ello comenzaron las tentativas de abordar el problema con políticas públicas y, naturalmente, con la política criminal. De especial relevancia institucional es el Informe del Senado sobre la mujer maltratada, cuyos trabajos preparatorios se inician en 1986 y se concluyen 1989¹⁰ con un amplio abanico de recomendaciones a las Administraciones Públicas. Por vez primera en 1998 se adopta el primer plan del Gobierno de Acción sobre la violencia contra las mujeres para 1998-2000, al que seguiría un II Plan integral contra la violencia doméstica¹¹.

1. Las primeras reformas legales se centraron en el Código penal y abordaron la cuestión como si el asunto fuera de lesiones y de homicidio. La reforma del código de 21 de junio de 1989 introdujo en el art. 425 la

⁹ La estadística criminal es miserable en España, como en buena parte de los países, y por ello resulta incomparable. En los últimos cuatro años y en materia de violencia doméstica el Consejo General del Poder Judicial ha realizado un esfuerzo que no tiene comparación, ni con la estadística criminal española ni con ningún país europeo que yo conozca, aunque sigue sin poder distinguir de modo neto la violencia de género de otras violencias domésticas. Pueden verse los informes sobre los respectivos años 2002 a 2005 en www.poderjudicial.es/obsevatorio_contra la violencia doméstica y de género. He utilizado el informe 2004 porque se identifican mejor los parámetros que deseo destacar. De gran interés también las que elabora el Instituto de la Mujer del Ministerio de trabajo y asuntos sociales que puede verse en la web <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/index.htm> y sobre cuyos datos, de origen en la información del Ministerio del Interior, el Diario El Mundo elabora unos buenos cuadros, todo lo cual puede verse en www.elmundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malos_tratos_cifras.html. Un buen análisis de estadísticas en A. I. CEREZO DOMINGUEZ, *La violencia en la pareja: prevalencia y evolución*, en BOLDOVA/RUEDA (coord.) *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona 2006, p.307 y ss.

¹⁰ *Informe de la Comisión del Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargada del Estudio de la mujer maltratada*, Boletín oficial de las Cortes, Senado, serie I, núm. 313, de 12 de mayo de 1989, p. 12182 a 12211.

¹¹ V. en Elena NUÑEZ CASTAÑO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant, Valencia 2002, p. 29 y ss., 65 y s.

incriminación con prisión de seis meses a seis años de quien habitualmente ejerciera violencia física sobre los miembros del grupo familiar. El precepto no contemplaba la violencia psíquica y daba pie a una concepción cuantitativa y formal de la habitualidad, para lo que terminaron requiriéndose tres o más episodios concretos de violencia, frente a la tesis que luego intentó imponer el Tribunal Supremo, en sentencia del 7 de julio de 2000, en el sentido de que lo relevante era el que la víctima “viva en un estado de agresión permanente”. El nuevo Código penal de 1995 mejoró la figura del anterior art. 425, incrementó la severidad de la pena y precisó la compatibilidad concursal del maltrato habitual con las faltas y delitos de lesiones concretos producidos. Pero daba lo mismo, pues como reconociera el propio Consejo General del Poder Judicial los jueces seguían calificando los hechos principalmente como faltas¹², con el efecto trágico de que entonces las faltas no habilitaban para dictar la prisión provisional ni en los casos de mayor peligro de repetición de la agresión, que era la única medida cautelar sobre el acusado de que se podía entonces disponer por el juez, desprotección que daba pie a que el maltratador terminara por acabar con la vida de la mujer delante del juzgado, sumido en culpable impotencia las mas de las veces¹³.

¹² Un 76% de los casos de violencia en la pareja estudiados se califican como falta, v. M. CALVO GARCÍA, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, Universidad de Zaragoza, 2001, p.204, v. en www.poderjudicial/ Observatorio/ informes elaborados. Una puesta al día y conclusiones sobre 2000 a 2002, el mismo, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia 2000-2002, resultados y conclusiones*, en el mismo lugar, lo cito como *Informe II*. (Consultados 24.8.06). La organización “THEMIS” estimaba que el 50% de los casos calificados por los jueces como faltas constituían en verdad delito de malos tratos habituales. En el mismo sentido con reseña críticas de sentencias v. Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones*, en “*La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001, p. 251 y ss., esp. 187 y ss.

¹³ Para el régimen penal del Código de 1995 ver, por todos Luis GRACIA MARTIN, en la coedición con J. L. DIEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tirant, Valencia 1997, p. 413 y ss.

Pero en el infierno se avivó el fuego y el problema se convirtió en radicalmente insoportable, en especial con el asesinato de Ana Orantes en 1997¹⁴. Son desde entonces muy numerosas las iniciativas de todo orden, entre ellas, muy especialmente, la ley de Castilla -La Mancha cuya presentación en el otoño de 2000 dio lugar a un gran debate institucional y social y que terminó aprobándose el 17 de mayo de 2001.¹⁵

2. La Ley Orgánica de 1999 abordó el problema de modo más decidido que en las anteriores ocasiones: crea las penas y medidas cautelares de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima¹⁶, reconoce a la violencia psíquica junto a la física en el delito de maltrato habitual –cuyo concepto precisa positivamente- y amplía el espacio temporal de las violencias típicas al tiempo posterior a la ruptura de la convivencia¹⁷.

¹⁴ Vid. I. MONTALBAN HUERTAS, *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid 2004, p. 47 y s., describe el caso, casi retransmitido en directo por televisión, con efectos similares al de *Maria da Penha* en Brasil. Sobre la situación brasileña hasta la nueva ley de 7 de agosto de 2006 v. Alice BIANCHINI, *nota sobre Brasil en el monográfico de derecho comparado sobre violencia en el ámbito doméstico y familiar en "Revista Penal"*, nº 10, julio 2002, p.193 a 196, y tras la reforma de 2004 v. Erika MENDES DE CARVALHO, *Consideraciones críticas sobre la nueva regulación del delito de violencia doméstica en Brasil*, en BOLDOVA/RUEDA, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona 2006, p.405 y ss.

¹⁵ El Área de Derecho Penal y Criminología de la UCLM, dirigido por Rosario DE VICENTE, presentó un *Informe jurídico y criminológico sobre los malos tratos a la mujer en Castilla-La Mancha*, sobre más de 323 sentencias judiciales dictadas en la Comunidad Autónoma entre 1995 y 1998. Albacete 2000.

¹⁶ Que es el primer paso hacia la orden de protección, aunque no hay previsión de penalidad por el incumplimiento –salvo la multa por quebrantamiento de condena del art. 468 C. P.- y seguía bloqueada la prisión provisional para esto último y, en general, para las faltas, v. Ester E. RUBIALES BEJAR, *Penas y medidas cautelaras para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica*, en L. MORILLAS, (coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid 2002, p. 411 y ss. Señala la insuficiencia legislativa para asegurar un cumplimiento efectivo de las medidas cautelares Montserrat COMAS., *Novedades legislativas introducidas por la L.O.14/1999, en materia de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares*, en *"La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos"*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001. p.221 y s. Sobre las reformas de derecho penal material v. Maria ACALE SANCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant, Valencia 2000.

¹⁷ En torno al 35 % de los homicidios se producen entre el momento del planteamiento de la ruptura y posterior, así se advierte en el Informe del Instituto de la Mujer de 2005: <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/tablas/W805b.XLS>. En el de M. CALVO GARCÍA, *El*

En el año 2001 el Consejo General del Poder Judicial presenta un informe de gran interés sobre toda la materia y, tras un examen crítico del marco legal, pone de relieve el desamparo de las víctimas y la impunidad de los agresores derivado de la falta de posibilidad legal de recurrir a la prisión provisional o cualquiera otras medidas cautelares ante las faltas, que siguen siendo las calificaciones jurídicas preponderantes en sede judicial, apunta la posibilidad de ampliar el delito de malos tratos habituales renunciando a la exigencia de la habitualidad, lo que supone absorber buena parte de las faltas de lesiones y malos tratos, e incluso sugiere la supresión de la falta de malos tratos entre parientes, para garantizar su calificación como delito¹⁸.

3. Las reformas de 2003: Creación de delito contra la integridad moral, la orden de protección y ampliación de la prisión provisional.

A las alturas de la preparación de la contrarreforma del Código penal de 1995, que se realizó mediante varios instrumentos legales durante 2002 y 2003¹⁹, las medidas penales no parecían servir gran cosa para atajar la epidemia. Con la intervención penal a partir de los tipos de homicidio y lesiones los jueces llegaban manifiestamente tarde, y cuando se les presentaba el problema en una fase inicial, de lesiones leves y maltratos, no sólo se llegaba tarde, sino que el proceso y las consecuencias jurídicas de las faltas –lo limitado

tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de justicia, cit. y en el *Informe II*, citado, alcanza el 52%, p. 19.

¹⁸ *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática derivada de la violencia doméstica*, p. 62-64, se localiza a través del buscador de www.poderjudicial.es (consultado. 24.8.06). También Montserrat COMAS, *Novedades legislativas introducidas por la L. O. 14/1999 en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares*, en “*La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001, p. 203 y ss, especialmente p. 246.

¹⁹ Sobre la disparatada política criminal de los dos últimos años de las legislaturas conservadoras vid. Luis ARROYO ZAPATERO, *As reformas penais españolas entre os anos de 2003 e 2005*, en “*Ciencias Penais*”, Sao Paulo, vol.2 (2005), p. 60 y sigs.

de la pena y la exclusión de la prisión provisional - además de no proteger, parecían envalentonar a los maltratadores y generaban en las víctimas mayor desvalimiento y desconfianza en la justicia²⁰.

Se debe recordar que la figura jurídico penal de las faltas no permitía adoptar sobre el imputado la prisión provisional, ni otras cautelares mínimamente eficaces, por lo que, siendo la calificación judicial del hecho más frecuente la de falta, la denunciante no encontraba casi nunca la protección que esa u otra medida cautelar pudieran ofrecer frente al peligro de realización o reiteración de las violencias. De tal manera que lo que generaba mayor impotencia era que, frente la evidencia de los indicios de grave peligro que los hechos denunciados manifestaban, se terminaba en lo peor, sin modo ni forma de poder ofrecer a la víctima una tutela eficaz²¹.

Todo ello madura y tiene un resultado en tres tiempos. En primer lugar la Ley 27 de 2003, relativa a la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, de 31 de julio, la reforma de la prisión provisional por la L. O. 13/2003, de 24 de octubre, y la reforma del Código penal que se adopta por la Ley Orgánica 11 de 2003, de 29 de septiembre²².

a) La *Orden de protección*. La orden judicial de protección de la víctima frente al agresor, consistente en la prohibición de comunicación o de

²⁰ Vid. el amplio *Informe sobre el tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia* de Manuel CALVO GARCÍA, cit., y su *Informe II*, de donde se desprende que para esos años 2000-2002 se trataban como delitos el 24.3% de los casos, con un 16% de absoluciones y como faltas el 75.6%, y en los procedimientos por estas resultaba entre un 71 y un 75% de absoluciones, datos en los que el autor identifica la fuente de la “la impresión generalizada sobre la ausencia de condenas en los casos de violencia doméstica”, cfr. p. 30 y 31.

²¹ Cfr. el *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática derivada de la violencia doméstica*, cit., p. 41 y s.

²² Sobre el conjunto vid. Patricia LOURENZO COPELLO, *Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada*, en “Artículo 14”, vol. 4, diciembre de 2003, Instituto Andaluz de la Mujer, p. 4 y ss

aproximación o exigencia de alejamiento del agresor respecto de la víctima es, curiosamente, un “descubrimiento” moderno, de matriz norteamericana, desarrollado específicamente para las violencias contra la mujer, que desde su aparición allí hace poco más de 25 años²³ ha tenido un éxito de difusión extraordinario, descendiendo en la primera mitad de los 90 por todo el continente hasta cubrir América Latina²⁴, con un salto no leve sobre la República mexicana, atravesando el océano Atlántico y penetrando en la Europa continental y latina en la segunda mitad de dichos años, ya con carácter civil como en Austria, Alemania e Italia²⁵ o penal como en España²⁶. La orden aparece como un instrumento capital, pues con la atribución de la competencia concentrada en el Juez a quien llega la denuncia, tanto para las medidas penales como para las civiles, proporciona el mecanismo de intervención más necesario ante el peligro de los malos tratos o de su reiteración y hace posible interrumpir el “ciclo de la violencia” en que suele estar inmersa la víctima, como veremos más adelante. A la Ley debe seguir la práctica, con organización y con medios, pero también la disciplina conceptual por parte de los órganos judiciales. Baste hacer una referencia en este aspecto a la demanda de ampliación espacial de la Orden de alejamiento que en los primeros meses de vigencia se venían estableciendo en distancias mínimas y espacios incompletos que no evidencian

²³ Vid. Juan J. MEDINA, *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant, Valencia 2002, p. 482 y también para su introducción en Gran Bretaña e Irlanda.

²⁴ V. referencias en I. MONTALBAN, *Perspectiva de género...*, cit, p 76 y ss

²⁵ Amplia referencia al derecho continental europeo en Virginia MAYORDOMO, *La violencia contra la mujer. Un estudio de derecho comparado*, Dilex, Madrid 2005 para Francia e Italia, además de para los países anglosajones; DEARING/FÖRG (hg) *Konferenzdokumentation “Polizeiarbeit gegen Gewalt an Frauen*, Verlag Österreich, Viena 1999. Para Iberoamérica v. I MONTALBAN, *Perspectiva de género*, cit., p. 76 y ss, con distinción entre sistema civil y penal de medidas. En todo caso conviene precisar que la distinción entre uno y otro sistema no es tajante, pues, como ocurre en el sistema austriaco o alemán, el derecho punitivo aparece para la desobediencia de la orden de protección, o como también ocurre en el primero de los citados y en los anglosajones, las medidas resultan ser medidas de seguridad policiales, sin intervención judicial más que *a posteriori*.

²⁶ Vid. Francisco José SOSPEDRA, *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003*. Cívitas, Madrid 2004. Vid. Pedro Vicente CANO-MAILLO, *Los juicios rápidos. Orden de protección*. Consejo General del Poder Judicial. San Sebastián 2005.

mucho sentido común, o cuando menos, lo que sería también cierto, poco conocimiento de las características del problema que se sometía a conocimiento del juez, lo que era prueba manifiesta de la necesidad de especialización.

Por el momento los datos que podemos deducir de los primeros informes del CGPJ sobre órdenes de protección solicitadas por mujeres y las efectivamente adoptadas por el juez son: 2.003: - / 16.725; 2004: 35.040/ 26.020; 2005: 30.131 / 24.509. En el informe sobre el 2003, con vigencia de la orden de protección propiamente dicha sólo el segundo semestre el Consejo indica 906 incumplimientos de las pertinentes órdenes, lo que representa un 5% de quebrantamientos²⁷.

b) La reforma de la *prisión provisional* en lo que aquí interesa incorpora expresamente al elenco de los fines que la autorizan (art. 503.1. 3º LECrim.) el “evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de algunas de las personas a las que se refiere el art. 173.2 con exclusión en estos casos de la limitación de que el delito por el que se disponga tenga prevista pena privativa de libertad igual o superior a dos años de prisión, bastando que tenga pena privativa de libertad, es decir, prisión de tres meses o , incluso, en el tenor literal cabe la de localización permanente, que es propia de las faltas. Esta modificación levanta el bloqueo anteriormente existente ante situaciones de evidente riesgo de reiteración delictiva o realización del delito con el que se amenaza a la víctima en los supuestos de denuncia por delitos “leves” de violencia doméstica, de pena de “sólo” dos años de prisión. A partir de la reforma “entre la prisión provisional y la nada” están

²⁷ Sobre la orden de protección v. Ester E. RUBIALES BEJAR, *Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica*, en L. MORILLAS, (coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid 2002, p. 417 y ss.; Jesús A. BONILLA CORREA, *La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género*, “Boletín de información del Ministerio de Justicia”, núm.2002, de 1 de diciembre de 2005, p.4829 y ss.; José L. RODRIGUEZ LAIN, *Juzgado de Violencia sobre la mujer y juzgado de guardia*, Bosch, Barcelona 2006, esp. p. 227 y ss.

las órdenes de protección, por lo que la necesidad material de la prisión provisional se reduce en proporción.

c) La reforma del Código que en violencia doméstica opera la L. O. 11/2003 consta de los siguientes elementos:

1. Por una parte amplía el campo del delito de la violencia doméstica a costa de las faltas, extendiendo el delito sobre las lesiones no constitutivas de delito y los malos tratos de obra, así como las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, que seguirán siendo faltas (arts. 617 1 y 2 y 620.1º) de no mediar las relaciones “domésticas”²⁸. Por otra, lleva las violencias domésticas *habituales*, que se situaban en el art. 153, al *delito contra la integridad moral* del artículo 173, en el nº 2²⁹. Todo ello se castiga con pena de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y otras penas accesorias. Las principales se imponen en su mitad superior si concurren las circunstancias enunciadas antes al hacer referencia al 173.2. En todos los casos, la conexión doméstica impone al juez acompañar las penas principales, como

²⁸Vid. Francisco MUÑOZ CONDE. *Parte Especial*, Tirant, Valencia 2004, p.126 y s., quien considera este punto lo más relevante de la reforma.

²⁹ Como había demandado un relevante sector doctrinal, cfr. Ochi DIAZ PITA, *El bien jurídico protegido en los delitos contra integridad moral*, en “ Estudios penales y criminológicos”, Santiago de Compostela 1997; MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., p.185; J. M. TAMARIT, *Comentarios a la Parte especial de Código penal*, dir. Gonzalo QUINTERO, Aranzadi, Pamplona 1999, p., 105 y s.; J. C. CARBONELL y J. L. GONZÁLEZ CUSAC, *Comentarios al Código penal de 1995*, coord. VIVES ANTÓN, Tirant, Valencia 1996, p 801; Maria ACALE SANCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant, Valencia 2000, p. 89 y ss. ; Carmen GOMEZ RIVERO, *Algunos aspectos del delito de malos tratos*, en “Revista Penal”, vol.6, 20º2. p.67, donde, por cierto, por vez primera veo emplear en texto a un penalista el concepto de trastorno de estrés postraumático p.74; M. OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Análisis teórico y jurisprudencial*, Bosch, Barcelona 2001, p. 42.L. MORILLAS CUEVA, en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, por él mismo coordinado, Edersa, Madrid 2002, en p. 672. Fue un gran acierto la creación por el Código de 1995 de este delito autónomo respecto de los malos tratos y torturas por parte de funcionarios públicos. V. dos monografías con amplias referencias: Ana Isabel PÉREZ MACHÍO, *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Edit. Universidad del País Vasco, Bilao 2004; Jesús BARQUIN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona 2001.

accesorias, con las medidas de seguridad de alejamiento (art. 57.2) y facultades para hacerlo por las faltas contra las personas (art.57.3).

Sin embargo, no termina de suprimir la falta de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve producidas en el ámbito doméstico a las que castiga como falta agravada con localización permanente de cuatro a ocho días o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días (art. 620.2º).

Tampoco renuncia el Legislador del 2003– por razones que luego se esclarecerán- a ampliar aún más el elenco de lo doméstico hasta extremos ridículos y difícilmente comprensibles: además del cónyuge y análogos, los padres, hijos, hermanos, tíos, tíos políticos, del cónyuge o del conviviente, los menores o incapaces que con él convivan, los que por cualquier otra relación estén integrados en la *convivencia familiar* y, además, los *guardas o custodios de centros de acogida de personas vulnerables*.³⁰

2. Declara al nuevo delito contra la integridad moral punitivamente compatible con las penas de los delitos o faltas que se hubieran podido cometer en el curso del maltrato, es decir, admite expresamente el concurso de delitos frente a la hipótesis de la consunción que se había impuesto.

3. Las penas se agravan desde la básica de 3 meses a tres años a su mitad superior cuando las violencias se hayan realizado en el domicilio común o en el de la víctima, en presencia de menores, portando armas, o, lo que resulta muy relevante, con quebrantamiento de la novedosa pena u orden cautelar de alejamiento.

³⁰ Puede hablarse de una auténtica obsesión, que en unos casos puede ser de orden “sistemática” y en otros puramente ideológica, por la ampliación de ese círculo de sujetos., v. L. MORILLAS, *ob. ult. cit.*, p. 673 y ss., con las referencias al Consejo General de Poder Judicial, la Fiscalía General, entre otros, inclusive él mismo.

4. A su vez, el artículo 153 se aprovecha para incorporar en él los malos tratos que hasta el momento se consideraban faltas, en concreto todos los malos tratos violentos –los que causan menoscabo psíquico o lesiones no constitutivas de delito, los golpes y maltratos de obra sin causar lesión y las amenazas leves con armas, proyectado estas conductas sobre el elenco de víctimas incorporado en el 173.2.

Posiblemente estas conductas que constituían faltas de lesiones y malos tratos se elevaron a delito para “forzar” a los Jueces poco rigurosos a “hacer Justicia”, dificultándoles la calificación de falta y posibilitando así también el recurso a la prisión provisional. Pero sería mejor que se hubiera hecho así por la plena conciencia de que estas conductas presentan un grado de injusto y culpabilidad mayor que la propia de las faltas, como veremos más adelante, pero el *maremagnum* de situaciones y relaciones del autor y las víctimas impide entenderlo así. Con todo, la reforma en este punto es globalmente positiva, salvo en el mantenimiento de todo el elenco de víctimas a que se ha hecho referencia que dificulta captar debidamente el problema de las violencias de género en la pareja.

4.- Balance de 15 años de reformas en las vísperas de la Ley Integral de 2004.

Desde que se abordara la primera reforma penal para afrontar la violencia doméstica contra la mujer y hasta 2004 se ha consolidado un estatuto jurídico que ha pretendido resolver varios problemas:

El primero ha sido la definitiva ubicación en la opinión pública, en la opinión “legislada” y en la de los operadores jurídicos de que el fenómeno de las violencias domésticas queda excluido del manto de “lo privado”, y queda

acuñado definitivamente como cuestión de “orden público”, lo que se plasma en la consideración de los delitos y faltas en esta materia como públicos, no condicionada su persecución a la denuncia o querrela de la víctima.

El segundo es la captación con pena criminal relevante de las conductas de “malos tratos”, especialmente en la dimensión que afecta a la salud, particularmente la psíquica, y a la dignidad personal o integridad moral de la víctima: Su adecuada incriminación es un problema común a la generalidad de los países, pues no se describen claramente como delito y no hay intervención penal hasta que no haya al menos delito de lesiones, lo que tiene que ver con un concepto mecanicista de lesión muy decimonónico y todavía no superado, o bien las penas son muy leves, ya se trate de figuras propiamente de delito ya, como ocurre en España, de “faltas”, contravenciones, etc.. Esto se ha resuelto de modo sustancial con la creación del delito de *maltrato* entre las lesiones (art. 153 C. p.), en las que incluye la amenaza con armas, y con el delito de *maltrato habitual* entre los delitos contra la integridad moral (art.173.2 C. p.). Sin embargo, quedaban en la esfera de las faltas las amenazas leves y las coacciones leves, que son hechos frecuentes en las violencias domésticas.

A su vez, las razones de la insuficiencia sancionadora podían derivar de un tratamiento procesal penal que favorece la débil respuesta jurisdiccional, lo que se produce en unos países por la singularidad del procedimiento especial de las faltas, contravenciones, etc., o por la vigencia en el país de que se trate del principio procesal de persecución de “oportunidad”, que en la práctica prefiere ocuparse de otros delitos “más graves”. Se dotó a la justicia del instrumento de las órdenes de protección (art. 544 bis y ss. LECrim.), un mecanismo novedoso que en la experiencia se ha revelado imprescindible en este tipo de violencias compulsivas de la esfera de la convivencia, y las

pertinentes plasmaciones de ésta - alejamiento, prohibición de comunicación etc.- han sido incorporadas al elenco de penas accesorias (art. 57 C.p.).

Se habilitó a los jueces a dictar la prisión provisional en los supuestos de violencia doméstica hasta, por lo menos, por delitos castigados con prisión de más de tres meses, es decir, para todos los delitos de violencia doméstica, quedando solamente fuera de ello la falta del art. 620 de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas leves.

Los déficits de las reformas son pocos pero muy claros, uno político criminal y otros técnicos. El déficit político criminal radicaba en el mantenimiento de las faltas con exclusión de la pena de prisión para las amenazas leves y las concordantes coacciones injurias y vejaciones leves del 620, pues si tal tratamiento puede resultar adecuado para las violencias domésticas en general, resulta evidente que no lo son para las de género, o sea las del varón sobre su pareja, pues son esta categoría de las violencias “domésticas” calificadas de faltas -y no las otras, de padres sobre hijos, hijos sobre padres o abuelos etc.- las que históricamente y sistemáticamente el sistema penal ha utilizado para el “lavado” de las violencias sobre la mujer. También debe considerarse una deficiencia político criminal el que la pena mínima en la forma delictiva más leve de las lesiones, que como se verá es insuficiente para captar el desvalor de las violencias domésticas que son *de género*. Entre los déficits técnicos se deben señalar el de no haber previsto que un sistema tan capital para esta materia como es el de la orden de protección, tanto cautelar como sancionatoria, no dispusiere de un mecanismo suficientemente disuasorio de su incumplimiento, particularmente en la hipótesis de la punitiva para la que el delito de quebrantamiento de condena, inspirado todavía en antiguos prejuicios decimonónicos como mero delito contra la Administración de Justicia, solo se le había dotado en la reforma de 2003 de una pena de multa con alternativa de

trabajos en beneficio de la comunidad para el quebrantador de las órdenes penales de protección .

Tanto o más importante que lo anterior era la pervivencia de un laberinto jurisdiccional penal y civil que dificultaba gravemente el acceso de la víctima a la Justicia. Ninguna de las propuestas institucionales del Consejo, de la Fiscalía o la de los Planes gubernamentales había pasado de modo efectivo más allá de la de la coordinación “voluntaria” entre jurisdicciones y operadores jurídicos, por vía de los “protocolos” de colaboración³¹. Nadie se había atrevido a proponer la superación del dogma de la separación de órganos jurisdiccionales penales y civiles,³² que parecía representar un esfuerzo superior al de la creación en su día de la jurisdicción laboral o más recientemente la de la jurisdicción mercantil. Bien es cierto que tamaña innovación no podía justificarse para las violencias de padres sobre hijos, o de hijos sobre padres o sobre abuelos, o de tíos sobre sobrinos, ni de encargados de residencias de ancianos sobre éstos. Para lo que realmente era necesaria una reforma de este calado era para unas violencias que no se querían reconocer como tales: las *violencias de género*, pues son las que plantean epidemiológicamente el problema de la necesaria e inmediata coordinación de lo civil y lo penal.

Y con esta referencia procesal podemos llegar a desarrollar la exposición sobre la deficiencia más principal y determinante en el combate jurídico de la violencia sobre la mujer como problema distinto y más grave que las restantes violencias domésticas durante más de quince años de reformas y esfuerzos colectivos.

³¹ Vid una excelente síntesis de de desesperante situación jurídica procesal penal y civil hasta 2005 en José Luis RODRIGUEZ LAÍN, *Juzgado de violencia sobre la mujer y juzgado de guardia*, Bosch, Barcelona 2005, p. 23-30.

³² Solamente el Partido socialista, pero estaba en la oposición: Proposición de Ley 122 de 21 de diciembre de 2001.

5. La contradicción principal: la incomprendida esencia del problema del tratamiento penal de los malos tratos y de las violencias de los hombres contra las mujeres: el déficit del conocimiento criminológico y la poca voluntad de reconocerlo.

Más allá de todo déficit normativo o funcional para abordar el fenómeno de los malos tratos a las mujeres³³, lo que encuentro más relevante es la incompreensión de que esa violencia de hombres sobre mujeres en la pareja presenta caracteres materiales, sociales y psicológicos bien distintos de las demás violencias interpersonales, inclusive de aquellas a quienes se tiende a tratar del mismo modo: las violencias sobre menores y ancianos, a todo lo cual se le cubre incluso bajo un mismo título, “violencia doméstica”, como si lo único singular de todo ello fue la relación parental y la comunidad del espacio domiciliario³⁴. Aún más, se tiende a creer que en la pareja la violencia es bipolar,

³³ La bibliografía criminológica española sobre la violencia de género en la pareja propiamente dicha no se extiende mucho más allá de Maria José BENITEZ JIMÉNEZ, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid 2004; F. J. LABRADOR/ Paulina Paz RINCON/Pilar de LUIS/Rocío FERNANDEZ-VELASCO, *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación, Pirámide*, Madrid 2004; Juan J, MEDINA, *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant, Valencia 2002, con una excelente información y bibliografía cerrada a 2001;GANZENMÜLLER, ESCUDERO y FRIJOLA, *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. Bosch. Barcelona 1999; M. y J. A. LORENTE ACOSTA, *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso*, Comares, Madrid 1998; muy divulgativo Miguel LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer realidades y mitos*, Edit. Crítica, Barcelolna 2001; El mismo, *El rompecabezas: Anatomía del maltratador*, Ed. Crítica, Barcelona 2004.Enrique ECHEBURÚA *Personalidades violentas*, Pirámide, Madrid 1994; Ana I. CEREZO DOMINGUEZ, *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Tirant, Valencia 2000; y la misma, *La violencia en la pareja: prevalencia y evolución*, en BOLDOVA/RUEDA (coord.) *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona 2006, p.307 y ss.; Maria José JIMÉNEZ DIAZ, *Mujer víctima doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable*, en L. MORILLAS,(coord.) *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Edersa, Madrid 2002; Peer STANGELAD, malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 15, 2005, pág. 241 y ss.; Elena LARRAURI, *¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?*, en “*Revista de Derecho penal y Criminología*” n° 12 (2003),p. 271y s.

³⁴ En el año 2005 del total de 82.750 denuncias por violencia doméstica sólo 2.915 casos son de víctimas menores de 18 años, es decir, el índice de victimización de menores respecto del total es 28.3 veces menor que el de adultos, lo que pone de manifiesto el despropósito de tratar igual el problema de las violencias sobre los adultos y sobre los menores, sin que las cifras sobre menores

y ello por el mero hecho de que las estadísticas de resultados de muerte y lesiones arrojan un porcentaje – que no llega al 10%- de autores mujeres, sin que hasta ahora se haya procurado completar la pobreza informativa de nuestra estadística judicial tradicional, ni suficientemente refinada la ingente tarea del Observatorio de la Violencia del Consejo, con dato tan relevante como el de en qué medida esa violencia femenina - más allá de ese 5% de participación genérica de la mujer en la criminalidad registrada- es puramente reactiva, es decir, de retorsión o de defensa³⁵. Y la intuición sumada a lo poco empírico que hay nos indica que la únicas maltratadas y homicidas que hay son ese 5 por ciento que comento, pues las demás son mujeres entre el estado de necesidad y la legítima defensa.

Las razones del déficit de comprensión criminológica del fenómeno de la violencia de género estriban en lo tardío de la elaboración criminológica del “síndrome de la mujer maltratada” y en las dificultades añadidas a la propia dificultad de la materia para su comprensión general, toda vez que , además, su elaboración vino de la mano, en buena parte, de la criminología “feminista”, que como cualquier otro tipo del movimiento no podía carecer de manifestaciones o propuestas extremadas en otros aspectos, como aquéllas que identifican fenómenos como la pornografía o la prostitución con la violación misma, con lo que al obstáculo de las mentalidades “tradicionales” se

carezcan de relevancia A su vez de las víctimas mayores se refieren a víctimas mujeres 73.109 denuncias y a hombres 11.904, es decir siete veces más víctimas mujeres que hombres. En lo que a órdenes de protección se refiere las víctimas son 859 menores frente a 29.272 víctimas mujeres mayores y 2. 588 hombres, es decir, 11.3 veces más víctimas mujeres que hombres. V. Cuadros del *Observatorio de la violencia doméstica y de género* del CGPJ citados en nota 9.

³⁵ En el estudio de A .I. CEREZO DOMINGUEZ, *El homicidio en la pareja*. Cit., Valencia 2002, p. 389, sobre 10 años y 53 homicidios dan 54 % y 14 % de los factores desencadenantes de homicidio por parte de la mujeres a situaciones de victimización por malos tratos y a la defensa propia. Vid..también Elena LARRAURI, *Violencia doméstica y legítima defensa, un caso de aplicación masculina del derecho*, en E. LARRAURI y D. VARONA, *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona 1995, p.9 y ss.

añadía la confusión y el rechazo en las mentalidades más “modernas” de estas propuestas neomoralizantes.³⁶

La esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas no es otra que la necesidad-deseo de dominio sobre la mujer. La acción violenta del hombre está psicológicamente orientada a someter a la mujer mediante un combinado de agresiones físicas y psíquicas que integran el elenco de las infracciones penales constitutivas de homicidio lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones. El sometimiento se persigue a través de la producción del miedo en la mujer, miedo a seguir sufriendo daños físicos y psicológicos en sí misma o sobre sus hijos, todo lo cual constituye ese denominado síndrome de la mujer maltratada³⁷. En las conductas violentas y de malos tratos hay, por supuesto, dolo de lesionar -en su caso, de matar- pero lo más relevante es la voluntad más o menos intelectualmente elaborada – o incluso meramente atávica- del autor de someter a su pareja³⁸.

Las violencias contra la mujer por parte del marido no son tanto un hecho como un proceso y lo más grave en ello no es tanto la lesión misma como la permanente exposición al peligro de repetida lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y a la humillación, que es la esencia del atentado a la integridad moral. Los golpes y el dolor duran más o menos, pero el miedo, en no pocos casos verdadero terror, la humillación, la impotencia, la destrucción de la personalidad, la quiebra de la integridad moral

³⁶ Que en mi opinión ha tenido acogida, por ejemplo en la reforma de los delitos de violación operada por la L.O. 12/2003 en el art. 179. Sobre todo este asunto, en particular sobre el argumento de la pornografía, y en modo muy centrado v. una presentación de autoras y argumentos en T. P. BELEZA, *Mulheres, Direito, Crime ou a perplexidade de Cassandra.*, cit., p. 353 a 362. Muy recomendable es el valiente artículo de María Luisa MAQUEDA. *Feminismo y prostitución*, en *EL País* de 1 de abril de 2006.

³⁷ Vid. M. LORENTE ACOSTA, *Agresión a la mujer...*, cit. p. 113, M. J. BENITEZ JIMENEZ, cit. p. 31 y ss., JIMENEZ DÍAZ, cit. p. 289 y ss. LABRADOR y otros, cit 24 y ss.

³⁸ Vid. Miguel LORENTE ACOSTA, *El rompecabezas. Anatomía del maltratador*, Ares y Mares, Barcelona 2004

hacen que estas violencias y malos tratos sean continuados y permanentes. El proceso y la dinámica de la violencia de género en la pareja están hoy perfectamente identificadas en el “ciclo de la violencia” del “síndrome de la mujer maltratada”: voluntad de dominación y sometimiento, acumulación de la tensión, explosión violenta, reconciliación o manipulación afectiva, escalada y reanudación del ciclo³⁹.

Siendo así las cosas, resulta que la denuncia o la intervención penal no se produce casi nunca en el primer tiempo del ciclo, sino tras la fase de explosión violenta de cualquiera de los sucesivos ciclos. La formulación de la denuncia ante la policía o el juez nunca llega a producirse con ocasión de la “primera vez”. Esta circunstancia tiene varias consecuencias muy relevantes:

1º. El hecho que llegue a ser objeto de denuncia por la víctima o de conocimiento por la autoridad tiene siempre un previo proceso de hechos de lesiones y peligros que no sólo es fundamental captar en la investigación y en la prueba, sino también en el propio momento de la denuncia, pues sólo así se puede apreciar el grado de exposición al peligro en que se encuentra la mujer y la propia naturaleza y gravedad del peligro que la amenaza, para tomar así las medidas cautelares pertinentes. Así lo ha asumido perfectamente la Ley de la orden de protección, cuyo presupuesto es, además de los indicios fundados de comisión de un delito o falta, el de “una situación objetiva de riesgo para la víctima” (art. 544 *ter*, 1 in fine LECrim).

2º Es esa situación de peligro - que quien mejor la capta es, naturalmente, la víctima- la que convierte en graves hechos aparentemente menores, que de producirse por “primera vez” podrían tratarse como leves. Y

³⁹ Vid. especialmente BENÍTEZ JIMÉNEZ, *Violencia contra la mujer*, cit., p. 44 y ss. y M. LORENTE ACOSTA, *Agresión a la mujer*, cit, p. 96 y ss

esto es lo que ocurre precisamente en el espacio de las amenazas y coacciones : lo que violenta más a la víctima no es tanto el grado objetivo de la coacción o amenaza “leve” y descontextualizada, sino la significación que en verdad tiene para la víctima ese hecho leve en el contexto del proceso del síndrome de los malos tratos. Lo que para el observador externo y superficial resulta leve, para la mujer, así como para un observador atento, por las circunstancias del proceso de conflicto, puede tener un grado de credibilidad y de inexorable que la resultará bien grave. Esto es lo que creo que acontece en la vida práctica judicial: la lesión leve o el maltrato aparecen como hecho aislado, con desconocimiento de la dinámica general y concreta de la violencia de género en la pareja y, más allá de operadores jurídicos extravagantes, se termina calificando como falta lo que es grave, y que debería ser, por tanto, delito.

El debate sobre el originario artículo 153 del Código de 1995 y la posterior creación del delito de maltrato habitual contra la integridad moral en el art. 173.2, y la nueva y distinta dimensión que toma la cuestión con la integridad moral como bien jurídico, lógicamente de contornos no muy precisos, han inducido erróneamente a no captar la dimensión de daño efectivo y real que presentan no sólo los delitos y faltas de las lesiones leves y los maltratos de obra, sino también las coacciones y amenazas leves en la salud física y psíquica y la integridad moral que son los bienes jurídicos que tales delitos tutelan. Y hay que proclamar que son delitos y faltas de *lesión* de los respectivos bienes jurídicos y no meras puestas en peligro, ni abstracto ni concreto, aunque además de lesión se incorporen en los tipos y en la vida peligros concretos y lesiones efectivas⁴⁰.

⁴⁰ Vid. exhaustivamente sobre esta polémica L. GRACIA MARTIN, ob., cit., p.418 y ss, quien es, por otra parte, el que ve más acertadamente esta cuestión en aquél momento. Vid sobre el delito del 173 v. las monografías de Jesús BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, y Ana I. PEREZ MACHÍO, *El delito contra la integridad moral...*, citados en nota 29.

Por otra parte, merece observarse que mientras que en la generalidad de las violencias interpersonales la denuncia y la subsiguiente intervención policial o judicial ordinaria basta para interrumpir la acción criminal, no ocurre lo mismo en la violencia de género. La compulsión del varón al maltrato está preordenada a la dominación y tiende a superponerse a las motivaciones ordinarias que suele producir la mera intervención de la autoridad. La consecuencia de ello es la extraordinaria necesidad de disponer de las medidas cautelares de protección, desde la orden de alejamiento a la prisión provisional, lo que, a su vez, nos muestra lo largo que resulta el ciclo de la violencia y del sometimiento al terror de la víctima, poco propicio a ser bien entendido por la ideología mecanicista que todavía pesa en la dogmática de los delitos de violencia⁴¹.

Por todas estas razones estimo que estuvo bien fundamentado tanto el sistema de la orden de protección, como la conversión de la falta de lesiones y de malos tratos en delito operada por la ley orgánica 11 del 2003 en el artículo 153 y, por las mismas razones y las que añadiré más adelante, estimo que resulta razonable convertir en delitos las faltas de coacciones y amenazas leves cuando se trata de las cometidas en el marco de la violencia de género, es decir, por el hombre sobre la mujer, tal y como ha configurado la Ley Integral de 2004.

6. La Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género de 28 de diciembre de 2004.

Lo primero y principal de la misma es que por vez primera nos encontramos con una ley integral que fija y articula todas las políticas sociales y jurídicas para la lucha contra la violencia de género. Una ley de esta clase

⁴¹ V. José Miguel SANCHEZ TOMÁS, *La violencia en el código penal*. Bosch, Barcelona 1999.

integral es reclamo fundamental de la política criminal ante problemas complejos. Se complementa así el principio de codificación con acciones y disposiciones horizontales coordinadas y con dotaciones presupuestaria que lo soporten. Por vez primera no nos encontramos con una ley que no confía todo al Derecho Penal. Y en lo que al Derecho penal se refiere la Ley comporta las siguientes novedades:

a) Agrava la pena de los delitos de lesiones, añadiendo a las causas de agravación de las mismas previstas en el art. 148 (empleo de armas, ensañamiento, minoría de edad o incapacidad de la víctima) la circunstancia de que la víctima “fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

Incorpora otra causa de agravación consistente en que la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”(número 5 del art. 148). Nada tiene que ver este supuesto ni con la violencia de género ni con las consecuencias jurídicas, civiles administrativas, laborales etc. Que dispone el general de la Ley pero en mi opinión resultó el punto de encuentro para hacer posible en consenso que terminó llevando a la unanimidad parlamentaria en la votación final, lo que sin ser bueno para la coherencia intelectual y política de todos resulta buenísimo para la causa de la lucha contra la violencia de género.

b) En el delito de malos tratos no habituales previsto en el artículo 153, redactado por la L. O. 11/2003, la Ley eleva el marco mínimo de la pena privativa de libertad de 3 a 6 meses cuando se trate de violencia sobre la mujer o conviviente especialmente vulnerable, manteniendo la de 3 meses para las demás violencias domésticas.

Al incremento del mínimo de la pena de prisión se acompaña de una cláusula de atenuación facultativa: el juez podrá imponer la inferior en grado – que coincide con la común de 3 meses- “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho” sin olvidar el legislador condicionar tal efecto a que el juez lo razone expresamente en la sentencia, curándose en salud frente a lenidades. Esta cláusula la va a repetir en las restantes agravaciones que introduce. Viene a significar que cuando los hechos no representen en el caso concreto la mayor gravedad que representa la violencia de género frente a las domésticas comunes las podrá castigar el juez con la pena de éstas. No hay pues obligatoria e inevitable desigualdad en el trato de lo único que varía – el marco inferior de la pena privativa de libertad- entre la violencia de género y la doméstica común.

c) Configura como delito de amenazas las amenazas leves constitutivas ordinariamente de falta, cuando estas se profieran contra “la esposa o mujer que...” como en el 148⁴². La pena se incrementa sobre la falta de multa de 10 a 20 días (conforme a la nueva redacción del art. 620. 2 de la LO 15/2003) a prisión de seis meses a un año, o trabajos al servicio de la comunidad de 31 a 80 días. Esta pena se acompaña de la cláusula de atenuación facultativa a la que se ha hecho antes referencia.

El nuevo delito parte pues de la consideración de que las amenazas leves cuando sean de género son conductas más graves que las

⁴² De menor relevancia para lo que ahora nos ocupa es que como nº 4 del art. 171 sitúa las amenazas leves con armas u otros objetos peligrosos frente a las personas del círculo del 173.2, que desde la LO 11/2003 se había residenciado en el art. 153, pero excluye las proferidas contra el cónyuge que considera implícitas en el apartado anterior

demás, conforme al saber empírico y criminológico. Pero para permitir correcciones por el injusto y la culpabilidad prevé la cláusula de reducción de la pena en un grado, es decir, por seguir la argumentación antes expuesta, para cuando excepcionalmente en la práctica el hecho denunciado fuere propiamente “la primera vez” y sin la situación de riesgo propia del desarrollo de síndrome.

d) Configura como delito de coacciones en el art. 172, 2, con pena de seis meses de prisión a un año o trabajos de 31 a 80 días, la coacción leve, normalmente constitutiva de falta, cuando se efectúe sobre la esposa o...etc., que en los demás casos se regirá por lo dispuesto por la falta regulada por la L. O.15/2003 en el art. 620.2 y las realizadas sobre los sujetos de la relación doméstica del art. 173.2 se penan con localización permanente de 4 a 8 días, con alejamiento respecto de la víctima o con trabajos de 5 a 10 días.

e) La ley dispone la modificación del delito de quebrantamiento de condena, que en la versión de la LO15/2003 también se modificó con un incremento punitivo. Pero ahora se eleva el mínimo de la pena a prisión de tres a seis meses para el quebrantamiento de las penas así como de las medidas de la orden de protección en los casos relativos al círculo de víctimas de art. 173.2. Este incremento resulta necesario y justificado desde el principio de proporcionalidad pues los quebrantadores de la pena y la medida de protección de alejamiento, etc., no sólo lesionan el bien jurídico de la Administración de Justicia, sino que pone en peligro la seguridad de la víctima a quien se trata de proteger, generando en ella el fundado temor a la continuación del maltrato, del ciclo de la violencia y de nuevos riesgos y peligros Esa pérdida psicológica y material de la seguridad que proporciona la orden de protección no es un mero peligro abstracto o concreto, sino un daño efectivo para la mujer. Bien es cierto que el asunto se plantea sistemáticamente así en la realidad de la violencia de género y no en las demás violencias domésticas.

f) La Ley aborda la regulación de la suspensión de las penas, que se condiciona en las violencias de género al cumplimiento de la prohibición de acudir a determinados lugares, a la orden de alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima y a participar en programas formativos específicos (art. 83,1 in fine). A su vez se dispone que el incumplimiento de las condiciones antes mencionadas durante el periodo de suspensión de la pena privativa de libertad comporta la revocación de automática de ésta si se trata de delitos de violencia de género (art. 84.3 C.P.). En el mismo supuesto de estos delitos sólo se permite sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad acompañados de programas de reeducación y tratamiento psicológico⁴³, excluyendo la multa (art. 88.1 dos últimos párrafos).

g) Concluye la parte penal sustantiva de la Ley con una cláusula dirigida a que la Administración penitenciaria incorpore programas específicos de violencia de género y programas específicos para los maltratadores, que es una experiencia clínicamente recomendada aunque extraordinariamente compleja.⁴⁴

7. Constitucionalidad de las novedades punitivas de la ley.

1.- Tras lo expuesto creo que no se puede razonablemente ni pensar que con la punición penal específica y diferenciada de las violencias de género respecto de las demás violencias domésticas nos encontremos ante un tratamiento desproporcionado o discriminatorio. Bien al contrario, esas lesiones y coacciones y amenazas que en las relaciones interpersonales pueden ser leves,

⁴³ Asunto este que además de su carácter científicamente crítico va a representar el camino de huida del Derecho penal de estos penados, ver algunas referencias críticas, por ejemplo, en www.observatoriodelaviolencia.com, con referencias a los más pioneros.

⁴⁴ Vid. ECHEBURUA, FERNANDEZ MONTALVO, y DE LA CUESTA, *Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar*, en *“Psicopatología clínica, legal y forense”*, I, 2, 2001, p. 19 y ss.

y seguir siendo faltas, si se producen en el marco de conflicto de género en la pareja y en los términos que describe el síndrome de la mujer maltratada, son materialmente más graves y deben convertirse en más graves y, por lo tanto, ser tratadas como delito, procesal y materialmente, es decir, con pena de delito y con posibilidad de prisión provisional por delito. Además, puede razonablemente alegarse que aunque la regla general e valoración de la gravedad sea la mantenida, no se puede excluir el que al juez pueda llegar una amenaza o coacción propiamente leve, aislada por completo de toda situación de conflicto, y por lo tanto carente del desvalor de acción y de resultado que he expuesto como común u ordinario. Para neutralizar lo que en tal caso pudiera ser un exceso se ha incorporado en todos los supuesto en los que se ha incrementado la pena mínima la cláusula de atenuación facultativa de la pena.

Procede ahora que según mi criterio se ha expuesto la naturaleza propia de la violencia de género en la pareja, el abordar la cuestión de la constitucionalidad de la creación de tipos que tienen por sujeto activo al varón y por víctima a la mujer. Aunque el furioso informe de la mayoría del Consejo

General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley situara el debate en el errático espacio de la discriminación positiva, al considerar que toda la ley, y especialmente las cláusulas punitivas y procesales se fundamentaba en una discriminación *de sexo*, creo que tras lo descrito nadie puede pensar que nos encontremos en la reforma penal realizada ante un supuesto de discriminación positiva o negativa alguno, y aún menos *de sexo*⁴⁵. Estamos ante la tipificación de modo autónomo de un comportamiento con las dosis de gravedad y de propiedades materiales de la conducta y sus efectos que sólo se presenta en las violencias del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre. Los daños que sobre la salud y libertad de la mujer se producen en el

⁴⁵ Cfr. Cfr. Patricia LOURENZO, *La violencia de género*, cit. p. 17.

contexto del síndrome de la mujer maltratada por vía de lesiones, amenazas y coacciones son más graves que cualquiera otras lesiones, amenazas y coacciones interpersonales comunes de mujeres sobre hombres dentro de la pareja, o de hombres sobre mujeres con quienes no tengan ni hayan tenido la relación de pareja.

Podría alegarse que son también “más graves” que las lesiones, amenazas y coacciones comunes las infligidas a menores y mayores dependientes. Pero esto es cierto sólo si tales personas se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad y en ese caso lo que procede es castigar mas gravemente a los que lesionan o maltratan a personas vulnerables del círculo doméstico, pero no incluyendo genéricamente a menores o ancianos, primos y tíos, huéspedes temporales y ancianos que se valen por si mismos , y que deja fuera a quien siendo mayor, resulta estar desvalido por ser, p. ej., parapléjico, como ocurría en el derecho anterior y sigue en parte ocurriendo en éste. Pero tampoco creo que estos tipos de violencias interpersonales están provistos de las mismas características materiales de gravedad y de relaciones de peligro que las violencias sobre las mujeres⁴⁶, como se manifiesta en la propia práctica de la orden de protección, y en especial de las variantes de alejamiento y prohibiciones de comunicación, pues, como se evidencia en la estadística, no son relevantes sus aplicaciones a las violencias sobre menores y ancianos⁴⁷. Con todo, el legislador ha sido prudente y ha incluido con el mismo grado de protección de las víctimas de género a las personas desvalidas que convivan en el domicilio: personas *especialmente vulnerables* que convivan con el autor⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. M. J., BENITEZ, ob. cit., p. 27 y s. con referencias y Miguel LORENTE ACOSTA, en todos los lugares.

⁴⁷ Caso distinto es el de la violencias y pertinentes medidas de protección contra menores violentos respecto de sus padres, que es fenómeno creciente pero que nada tiene que ver ni con el sexo de los menores ni con el de sus Señorías (del Consejo) v. al respecto José Luis de la CUESTA ARZAMENDI, *El maltrato de personas mayores*, IVAC, Donosita 2006.

⁴⁸ Cfr. Patricia LAURENZO, *La violencia de género en la ley integral*, cit. p. 9, En efecto, nada tiene esto que ver con los presupuestos y consecuencias jurídicas del conjunto del la Ley Integral, pero resultó un buen punto de encuentro para pasar en el Parlamento de la batalla campal a la unanimidad en la votación de la Ley, aunque con amplios “daños colaterales” en las instituciones

Pero ni con la cláusula de vulnerabilidad ni sin ella deja de ser cierto que no nos hallamos ante cláusulas discriminatorias, ni positivas ni negativas, sino con distinciones por razón de la gravedad de los hechos. No obstante, el que buena parte de las más de 100 cuestiones de constitucionalidad planteadas hasta el momento se fundamenten en la duda sobre la discriminación de sexo obligará a argumentar sobre la teoría de la discriminación positiva y sus límites⁴⁹, pero siempre se volverá a lo mismo: al reconocimiento, o al empecinamiento en negarlo⁵⁰, de la singularidad material y de daño de la violencia de género en la pareja frente a las demás violencias interpersonales.

Todo lo anterior se puede formular en los términos más propios de la dogmática penal en del modo siguiente: El principio constitucional de igualdad requiere que en las incriminaciones penales, en la configuración típica y en la pena, no se traten de modo desigual, privilegiada o agravatoriamente, conductas cuyo valor de acción y de resultado sean iguales. Se dice lo mismo cuando los penalistas nos expresamos con la fórmula de que no se pueden hacer distinciones de incriminaciones o de pena ante conductas lesivas del mismo bien jurídico que ofrecen el mismo grado de injusto y de culpabilidad. A su vez, resulta legítimo constituir tipos agravados sobre los comunes o básicos de lesiones, amenazas y coacciones, para captar en ellos el mayor desvalor de acción en los tres supuestos y el mayor desvalor de resultado en las amenazas y

con mayorías acompañantes del espectro ideológico hirsuto de las Cortes, aunque siempre resultará discutible el lema que inspiró tantos años al Conde-Duque de Olivares: vale más una mala paz que una buena guerra.

⁴⁹ Así lo han hecho ya sobradamente David GIMÉNEZ GLÜCK e Isabel VALDECABRES en *La Administración de Justicia en la Ley Integral de violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid 2005, p. 45 y ss.

⁵⁰ Y las cuestiones de constitucionalidad parece que se orientan más en el empecinamiento en negar la realidad de esa violencia que en el mero no verla, parece como si sólo vieran sexo. V. críticamente las primeras cuestiones planteadas en M. L. MAQUEDA, *La violencia de género*, cit., p. 12; también, Olga FUENTES SORIANO, *La constitucionalidad de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en *La Ley* 18 nov. 2005

coacciones que representan los casos de violencia masculina generadora del síndrome de la mujer maltratada. En estas conductas el grado de injusto es mayor, pues el daño sobre la libertad, la seguridad y la integridad de la mujer es mayor, y también es mayor el grado de culpabilidad, pues resulta más reprochable la motivación que inspira al autor de la violencia de género.

Conclusiones:

La Ley Orgánica representa el cierre del largo e intenso proceso legislativo para afrontar el problema de los malos tratos a través de una Ley de carácter integral, que abarca todos los aspectos institucionales, asistenciales, económicos, penales y procesales. En su dimensión penal sustantiva mediante la creación de tipos autónomos agravados para los supuestos de violencia de género, de hombres sobre sus parejas, que es una realidad criminológica material, conocida como síndrome de la mujer maltratada, y que presenta mayor desvalor de acción y de resultado que en las demás violencias interpersonales, razón por la cual este tratamiento no resulta ni discriminatorio ni inconstitucional, ni tampoco sus demás correlatos, como son la protección penal singularizada y agravada del cumplimiento del sistema de medidas de protección con el nuevo delito de quebrantamiento de condena, ni sus dimensiones procesales, que concentra todas las competencias penales y civiles en el mismo órgano judicial, lo que permitirá una más eficaz coordinación interinstitucional de la investigación y de la protección inmediata a la víctima en sus bienes jurídicos propios, así como en lo que se refiere a la aplicación del derecho de familia.

© Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Real Casa de la Misericordia - C/ Altagracia, 50

13071 – Ciudad Real (España)

Tlfn.: (+34) 926 295 234 – Fax.: (+34) 926 295 235