

EN LOS LÍMITES DEL DERECHO PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO*

Carolina Bolea Bardon

Profesora titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

BOLEA BARDON, Carolina. En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-02, p. 02:1-02:26. Disponible en internet:
<http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 09-02 (2007), 11 mar]

RESUMEN: En los últimos años se han sucedido las reformas penales en torno a la violencia llamada, sucesivamente, doméstica y de género por el legislador. Reformas en sentido cada vez más represor cuya coherencia jurídica y utilidad político-criminal son objeto de estudio en el presente artículo. Después de analizar la evolución legislativa en esta materia, se realizan una serie de consideraciones críticas en torno a algunas de las medidas introducidas, básicamente, en la LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad

ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y en la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Respecto a esta última la autora se cuestiona la constitucionalidad de algunos de los preceptos del Código penal reformados por la misma y termina apuntando hacia a la prevención personal como recurso más eficaz para la protección de las potenciales víctimas en los casos de riesgo vital.

PALABRAS CLAVES: Violencia doméstica, violencia de género, violencia asistencial, reformas penales, punitivismo, lesiones, integridad moral, integridad psíquica, persona especialmente vulnerable, amenazas, coacciones, quebrantamiento, maltrato de obra, peligrosidad criminal, prisión provisional, discriminación positiva.

Fecha de publicación: 11 marzo 2007

SUMARIO: I. EMPIRIA. II. ITINERARIO LEGISLATIVO. 1. Introducción. 2. La Introducción del delito de violencia doméstica en el Código Penal. 3. El Código Penal de 1995. 4. La reforma de 1999. 5. La Orden de Protección de 2003. 6. Las reformas de la LO 11/2003. a) El nuevo art. 173.2 CP. b) La ampliación del círculo de sujetos protegidos. c) La conversión de las faltas en el delito del art. 153 CP. 7. La reforma de la prisión provisional por la LO 13/2003. 8. La LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. a) La agravación general de los delitos de lesiones cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable. b) La reforma del art. 153 CP. c) La conversión de las faltas de amenazas y coacciones en delitos. d) El quebrantamiento de condena (art. 468 CP). III. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES.

I. EMPIRIA

1. En los últimos años, la violencia doméstica y de género es uno de los temas permanentes en el debate político-criminal. Se trata de un problema que afecta principalmente a mujeres (el 91,1% de los casos). Sin embargo, no hay que olvidar que, aunque sea

en menor medida, la violencia también alcanza a menores y a ancianos y, en ocasiones, también a los hombres¹. Las noticias sobre mujeres muertas a manos de sus parejas no dejan de aparecer en los medios de comunicación. Día tras día nos enfrentamos a un nuevo caso de homicidio de una mujer por parte de su cónyuge, ex-cónyuge, compañero sentimental, ex-compañero, novio o ex-novio. Sin embargo, la alarma social creada por los medios de comunicación en torno al tema no debería llevar a pensar que el fenómeno de la violencia doméstica y de género constituye un problema de nueva aparición. La violencia ha sido utilizada a través de los tiempos como un instrumento de poder y dominio del fuerte sobre el débil. Si en la actualidad los casos de violencia sobre la mujer son noticia, y salen a la luz pública, es porque cada vez es mayor el número de denuncias, debido a una mayor toma de conciencia de la mujer respecto a sus derechos y a su papel en la pareja, en la familia y en la sociedad, unido a una mayor sensibilización social respecto al problema. La violencia doméstica ha dejado de verse como un problema privado a resolver en el seno de la propia familia, para ser considerado un problema que afecta a la sociedad en su conjunto².

2. Según datos publicados por el Instituto de la Mujer, en el año 2000 la cifra de mujeres muertas en manos de su pareja o expareja (incluyendo novios y exnovios) se situaba en 63. El año 2001 disminuyó a 50. Dos años después, en el 2002, se produjeron 54 muertes de mujeres en manos de su pareja o expareja, mientras que en el año 2003 la cifra aumentó a 71. Por consiguiente, el número de mujeres muertas en manos de su pareja aumentó en 2003 en un 30% respecto al año anterior. No obstante, al año siguiente (2004) la cifra de muertes se mantuvo en 72, cifra que en el año 2005 descendió a 60. En el año 2006 el número de muertes ascendió a 68. Y en lo que va de año, la cifra alcanza las 14 muertes de mujeres en manos de su pareja o expareja³. Como podemos observar, en los últimos siete años el número de muertes de mujeres en manos de su pareja o expareja ha ido oscilando, con una ligera tendencia hacia el alza, que parece que se mantiene en el 2007.

Por otro lado, en el año 1999 se llevó a cabo una macroencuesta sobre “Violencia contra las mujeres” por parte del Instituto de la Mujer, que destacaba que el 4,2% de las mujeres españolas mayores de edad habían declarado ser víctimas de malos tratos

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia: “Políticas penales en materia de seguridad” (SEJ2005-08814/JURI).

¹ Vid., por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial Asturias (Sección 2ª) de 30-09-04 en la que se condena a la acusada como autora de un delito de violencia doméstica del art. 153 CP a una pena de prisión de 7 meses por golpear y arañar a su esposo.

² Consciente de ello, la STS 24 junio 2000, Ponente: Sr. Giménez García, afirma (F.J. 4): “el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios”. En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica: “La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. La situación que originan estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía”.

³ Vid. <http://www.mtas.es/mujer/>, actualizado a 07-03-07.

(maltrato declarado). Además, un 12,4% fueron consideradas víctimas de algún tipo de maltrato doméstico, pues, aunque explícitamente no hubieran reconocido serlo, se deducía de sus respuestas (maltrato técnico)⁴. En el año 2002 las cifras oscilaron entre el 11,1% de mujeres consideradas técnicamente maltratadas y el 4% de mujeres autoclasificadas como maltratadas⁵.

3. Los medios de comunicación no han empezado a ocuparse de los malos tratos a mujeres hasta los años 80⁶. Hasta esa fecha la violencia contra la mujer era considerado un asunto privado, a resolver en el ámbito exclusivamente familiar⁷. Hay que reconocer la importante labor de los medios de comunicación a la hora de sacar a la luz pública un problema de tanta trascendencia. Sin embargo, éstos no siempre contribuyen a formar una correcta percepción de la realidad. Cuando en la prensa leemos que ha muerto una nueva víctima de malos tratos, y además se añade y subraya que ésta ya había denunciado al agresor anteriormente, sin que ni la Policía ni los Jueces hicieran nada para evitar el trágico final, sentimos una sensación de tremenda impotencia. Se generaliza entre los ciudadanos la opinión de que la Justicia no funciona, de que el Estado es incapaz de garantizar la seguridad de los ciudadanos, de que el Derecho penal no es lo suficientemente duro en estos casos. Sin embargo, en la mayoría de casos de mujeres muertas en manos de sus parejas o exparejas, los órganos judiciales no tienen constancia de la situación de malos tratos en que vivía la víctima durante años. Y ello porque o bien no hay denuncia previa, o bien porque las mismas son retiradas con anterioridad al inicio del juicio oral⁸.

La pregunta que acto seguido surge es la siguiente: ¿por qué no denuncian las mujeres víctimas de malos tratos o por qué retiran la denuncia una vez presentada?⁹ Habiéndose producido agresiones previas, la mujer no denuncia (o retira la denuncia) ante las autoridades competentes su situación por diversas razones: porque confía en que el agresor modificará su comportamiento (esperanza en que la situación cambie), por su dependencia afectiva, por vergüenza ante la sensación de fracaso, porque llega a creer que ella tiene parte de culpa y es responsable de lo que le pasa (el marido se

⁴ Vid. <http://www.mtas.es/mujer/>.

⁵ Vid. <http://www.mtas.es/mujer/>.

⁶ Sobre la evolución del tratamiento de la violencia doméstica en España por parte de los medios de comunicación, vid. LÓPEZ DÍEZ, "La violencia contra las mujeres en los medios de comunicación", en Instituto de la Mujer, *Mujer, Violencia y Medios de Comunicación*, pp. 24 y ss. (<http://www.mtas.es/mujer/>).

⁷ En España, hasta 1975 el Código civil autorizaba al marido a corregir a su esposa y obligaba a ésta a obedecerle, confirmando jurídicamente la posición de primacía del hombre respecto a la mujer en el seno de la familia.

⁸ Según el informe de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica, 2003, realizado por el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, el 13, 21% de las denuncias son retiradas, y mientras que en los juzgados de las grandes poblaciones se retiran el 15% de las denuncias, en las pequeñas poblaciones se retiran el 11%. Según datos estadísticos del primer trimestre 2005 del Observatorio de Violencia doméstica del Consejo General del Poder Judicial, el 10, 5% de las denuncias son retiradas. Según datos presentados en el Congreso de Violencia doméstica, organizado por el Observatorio de Violencia doméstica del Consejo General del Poder Judicial los días 12 y 13 de junio de 2003, en un 81% de las muertes por violencia doméstica del año 2001 y en un 75% de las del 2002 no consta en los Juzgados la situación previa de malos tratos.

⁹ Según el informe sobre violencia doméstica elaborado por el Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, 2003, p. 21, "para la mayoría de mujeres pasan entre 5 y 10 años desde el inicio del maltrato hasta que se denuncia el hecho".

encarga de hacérselo creer), porque tiene miedo de las posibles represalias del agresor, por el temor a la desaprobación de familiares, amigos y vecinos, porque no confían en el aparato judicial, por su dependencia económica del agresor y falta de medios para sobrevivir con sus hijos para escapar de una relación basada en el dominio¹⁰.

Y es que entre los efectos que produce una situación de violencia prolongada, además de los que se aprecian a nivel *físico*: lesiones de todo tipo, traumatismos múltiples, heridas, quemaduras, relaciones sexuales forzadas, abortos, etc., destacan los que se producen a nivel *psicológico*: destrucción de la confianza en uno mismo, pérdida de la autoestima, apatía que impide afrontar el problema y buscar una solución para escapar de esa situación, sensación de desamparo e impotencia, sentimientos de culpabilidad, depresión, abuso de alcohol y psicofármacos, intentos de suicidio, trastornos por somatización, crisis de ansiedad (especialmente, cuando se mezclan períodos de violencia con otros de arrepentimiento y ternura que generan una situación de alerta y sobresalto permanentes); y, a nivel *social*: aislamiento social, absentismo laboral, pérdida de empleo, etc¹¹. Entre las consecuencias psíquicas que el maltrato tiene para la mujer también se incluye en la actualidad el denominado trastorno de estrés postraumático, considerado como un conjunto de síntomas que desarrollan las personas que han experimentado un acontecimiento extremadamente traumático¹². Aunque este tipo de trastorno suele vincularse a acontecimientos traumáticos como, por ejemplo, combates en el frente de guerra, secuestros, internamientos en campos de concentración, torturas, etc., hoy en día también se considera una situación suficientemente traumática el hecho de sufrir durante años agresiones en el hogar por parte de la persona con la que se convive¹³.

II. ITINERARIO LEGISLATIVO

1. Introducción

1. A continuación examinaremos las principales medidas jurídico-penales y procesales adoptadas en materia de violencia doméstica y de género, en el marco de un itinerario

¹⁰ Vid. una detallada exposición de las razones que llevan a la mujer a retirar la denuncia, poniendo de manifiesto las deficiencias del sistema penal a la hora de atender a sus necesidades y pretensiones, en LARRAURI PIJOAN, "Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias", *RDPC*, 2ª época, nº 12 (2003), pp. 271 y ss.

¹¹ Según el informe sobre violencia doméstica elaborado por el Grupo de Salud Mental del Programa de Actividades de Prevención y Promoción de la Salud de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, 2003, p. 27, "sólo algunas víctimas de maltrato presentan trastornos psicopatológicos bien definidos. En muchos casos, los motivos de consulta pueden ser síntomas físicos y psicológicos poco específicos y trastornos por somatización, que pueden ser la carta de presentación de una situación de maltrato". Sobre los efectos que produce en la mujer una situación de violencia continuada, vid. LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal*, 2001, pp. 116 y ss.; FALCÓN CARO, *Malos tratos habituales a la mujer*, 2001, pp. 75 y ss.

¹² Vid. una detallada exposición de los síntomas de este tipo de trastorno, cuando se desarrolla como consecuencia de una situación de malos tratos, en JIMÉNEZ DÍAZ, "Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable", en *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 289 y ss.

¹³ Según JIMÉNEZ DÍAZ, "Mujer víctima de violencia doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable", en *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, la probabilidad de que una víctima de violencia doméstica sufra este tipo de trastorno es muy alta, teniendo en cuenta que el agente estresante convive con ella, y, si ésta ha cesado, sigue estando presente en su entorno.

legislativo que se inicia con la introducción del delito de violencia doméstica en el Código penal, y que llega hasta la promulgación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

2. Como es sabido, el Código penal siempre ha castigado los actos de violencia (sea quien fuere la víctima o el autor del delito y cualquiera que fuera el contexto en el que se produjeran) a través de los tipos clásicos de homicidio, lesiones y contra la libertad (amenazas y coacciones). Especialmente importantes en este ámbito son las conductas más leves de atentados a la integridad o libertad, esto es, las faltas de lesiones leves (aquellas que pese a consistir en un resultado de lesión, no requieren objetivamente tratamiento médico o quirúrgico para su curación) y la falta de maltrato de obra (en la que ni siquiera hay resultado de lesión esto es, un empujón o un bofetón). Igualmente vienen en consideración las correspondientes faltas de amenazas y coacciones leves.

3. Sin embargo, progresivamente, los actos violentos que tienen lugar en el contexto de las relaciones domésticas, primero, y entre hombre y mujer, después, se desgajarán del régimen general y pasarán a tener un tratamiento autónomo en el Código penal. Esta es la primera pregunta que un penalista se formula: ¿por qué determinados hechos se castigan más que otros idénticos si se producen en un determinado contexto o ante ciertas clase de víctimas? Y más concretamente: ¿qué justifica que al castigo tradicional por los delitos y faltas contra la integridad se le sume un nuevo castigo por otro delito distinto?

La historia de la violencia doméstica y de género comienza con la búsqueda de ese interés (“bien jurídico”) diferenciado que se lesiona cuando sobre determinadas personas o en determinados contextos se realiza una conducta que ya está castigada como delito o falta. La evolución de la legislación penal española en esta materia muestra cómo no se ha tenido claro ese interés distinto al protegido por las infracciones ya existentes, de manera que la sucesiva ampliación del castigo ha carecido de una orientación material sólida.

2. La introducción del delito de violencia doméstica en el Código Penal

1. Esa autonomía se inicia en el año 1989, cuando se introduce en el Código Penal por vez primera el delito de violencia doméstica, ubicado sistemáticamente entre las lesiones, como especie diferenciada de delito de lesiones¹⁴. En aquel momento se estimó la necesidad de castigar separadamente, con la pena de arresto mayor (1 a 6 meses), además de los concretos resultados que se produjeran:

¹⁴ Vid., por todos, OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, 2001, p. 17, nota 3, quien considera el delito de violencia habitual como una creación moderna de nuestro legislador. El legislador basaba la introducción de dicho delito en «la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo» (Exposición de Motivos de la LO 3/1989). El entonces art. 425 establecía: «el que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre sus hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor».

- a) el ejercicio de violencia física habitual
- b) sobre el cónyuge, persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, los hijos propios, pupilos, menores e incapaces sometidos a la propia tutela o guarda de hecho

2. En aquel delito parecía cobrar vida un bien jurídico nuevo, distinto a los clásicos, que al principio se quería identificar con el protegido en las lesiones (salud o integridad personal). También se pretendió vincular con la paz familiar o con la noción de convivencia pacífica con el tiempo se vio que era más próximo al principio de dignidad de la persona, en concreto, a la integridad moral de la persona¹⁵.

3. A partir de ese momento, se inicia el camino de la expansión autónoma de este delito. Ello sucede en tres direcciones: la progresiva ampliación y diversificación de las conductas castigadas, la progresiva ampliación del círculo de sujetos pasivos del delito y la progresiva agravación de las penas.

3. El Código Penal de 1995

1. La primera reforma se produce en 1995, con la aprobación del nuevo Código Penal (LO 10/1995 de 23 de noviembre). El delito de violencia doméstica habitual regulado en el art. 153:

- a) pasa a tener una pena de seis meses a tres años de prisión;
- b) se produce una ampliación de los sujetos pasivos: ahora no sólo parejas de derecho y de hecho y los hijos propios, sino también los del cónyuge o conviviente, y se incluyen los pupilos, ascendientes o incapaces que convivan con el autor/a o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro;
- c) en alusión al régimen concursal, se establece que las penas correspondientes a este delito se aplicarán sin perjuicio de las que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

2. De este modo, se incrementan las penas y las personas protegidas, pero se mantienen los requisitos de convivencia y de habitualidad, por lo que esta clase de violencia parece seguir atentando contra un interés esencialmente “doméstico”. De hecho, al añadirse en el CP95 la nota de estabilidad en la “análoga relación de afectividad”, todo apuntaba hacia la exigencia de convivencia.

4. La reforma de 1999

1. En 1999, mediante la LO 14/1999, de 9 de junio, se vuelve a modificar el delito de violencia doméstica. En esta ocasión en el art. 153:

¹⁵ Vid. una detallada exposición sobre la problemática en torno al bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica, en CASTELLÓN NICÁS, “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 53 y ss.

- a) se introduce la violencia psíquica como modalidad típica, plenamente equiparada a la violencia psíquica;
- b) se amplía de nuevo el círculo de sujetos: ahora se incluyen las relaciones matrimoniales o de hecho que hubieran existido en el pasado, es decir, los excónyuges y los exconvivientes (“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”);
- c) el legislador se pronuncia sobre uno de los temas que más controversia había suscitado en la práctica de los tribunales: el concepto de habitualidad. Desde esta reforma, para apreciar la habitualidad 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 comprendida en el art. 153, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores¹⁶.

2. Con esta reforma se da el primer paso hacia un progresivo abandono de los fenómenos violentos exclusivamente domésticos, esto es, producidos en el marco de la convivencia actual y se amplía la protección también a las personas que fueran objeto de violencia por parte de su pareja o ex pareja. Ello implicaba otorgar al delito de violencia doméstica una naturaleza radicalmente distinta de la que había tenido hasta el momento. El ejercicio de violencia penalmente relevante a los efectos de ser castigado de forma independiente ya no era sólo el que se producía en el contexto de una convivencia “anormal”, sino que también lo era el que se producía por razón de los vínculos afectivos presentes o pasados.

Lo anterior ponía claramente de manifiesto que el interés protegido en este delito, no podía ser la paz familiar o del hogar, sino que lo que se afectaba era algo ajeno a la lógica de la convivencia y sin embargo presente en las relaciones de afectividad, aspecto éste que parecía apuntar hacia la integridad moral o dignidad de determinadas personas próximas al autor.

3. Pero la reforma de 1999 abre una nueva vía de ataque a esta forma de violencia. Se trata de la introducción de tres importantes prohibiciones que pueden imponerse, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, como *penas accesorias* (art. 57 CP). La naturaleza de estas prohibiciones es la de penas privativas de derechos (art. 48 CP) y pueden imponerse por un tiempo no superior a cinco años en un gran número de delitos (véase el art. 57) y por un tiempo no superior a seis meses en las faltas contra las personas de los arts. 617 y 620 CP. En concreto:

¹⁶ Al respecto, parece preferible entender (en contra de la opinión mayoritaria) que con la alusión a dicho concepto el legislador únicamente ha pretendido establecer unos indicadores que el Juez ha de tener en cuenta para decidir si se da o no una situación de violencia continuada en el caso concreto. En este sentido, MUÑOZ SÁNCHEZ, “El delito de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 del Código penal)”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, p. 92; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, 2001, p. 91.

- a) la prohibición de *aproximación* a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (que impide al penado acercarse a estos sujetos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de estas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que se frecuentado por ellas);
- b) la prohibición de *comunicación* con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal (que impide al penado establecer con estos sujetos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual);
- c) la prohibición de volver al *lugar* en que se haya cometido el delito o de acudir a aquél en que resida la víctima o su familia, si fuesen distintos.

4. Además, la LO 14/1999 reformó la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo un nuevo art. 544 bis en virtud del cual:

«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 inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez, o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

Con posterioridad, este último párrafo fue modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en los siguientes términos:

«En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus moti-

vos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

5. La Orden de protección de 2003

1. En el año 2003 se abre un periodo de importantes reformas legislativas en materia de violencia doméstica y de género, en respuesta a la preocupación social que despierta un fenómeno que es percibido por la opinión pública como un problema de primera magnitud. La Orden de protección marca (en el ámbito procesal) el inicio de un proceso de cambios legislativos dirigidos a otorgar una protección integral a la víctima de malos tratos. Se constituye así como un claro precedente de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En efecto, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica¹⁷ establece en su Exposición de Motivos que su finalidad principal consiste en que la víctima obtenga, a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial sustanciado ante el juez de instrucción, «un estatuto integral de protección, que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal». Ello se logra a través de la mencionada “Orden de protección”, que se incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 13) como una nueva medida provisionalísima adoptable en calidad de primeras diligencias, junto con las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis LECrim.

2. La Orden de protección viene regulada en el nuevo art. 544 ter LECrim, que introduce la Ley 27/2003. Sus principales características son:

- a) El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal (actual art. 173.2) resulte una *situación objetiva de riesgo* para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.
- b) El procedimiento previsto en este precepto (urgente) puede ser iniciado tanto de oficio como a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones mencionadas en el actual art. 173.2 CP o del Ministerio Fiscal. El Juez de Instrucción en funciones de guardia es quien acordará la Orden de protección mediante una resolución única. A través de dicha resolución, el Juez de Instrucción podrá adoptar medidas de protección de la víctima de naturaleza civil, penal y social.
- c) Por lo que respecta a las medidas civiles, éstas pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el ré-

¹⁷ Para un análisis detallado de la génesis y el desarrollo de la orden de protección, vid. MAGRO SERVET, “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley*, 10 de julio de 2003, pp. 1 y ss.

gimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, la fijación de la prestación alimenticia, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

- d) Las medidas cautelares penales pueden ser cualesquiera de las previstas en la LECrim. Así, entre otras, la prohibición de aproximación, residencia o comunicación con la víctima e, incluso, la prisión provisional (siempre en caso de delito).
- e) En cuanto a las medidas asistenciales, la orden de protección será comunicada por el Juez a las Administraciones públicas competentes para la adopción de las medidas sociales oportunas, entre las que destaca la obtención de la llamada “renta activa de inserción”.
- f) Por último, la Orden de protección dictada por el Juez de Instrucción deberá ser inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia doméstica¹⁸.

6. Las reformas de la LO 11/2003

Apenas unos meses después de la entrada en vigor de la Orden de protección se aprueba la LO 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Esta reforma de Código penal supone un giro de 180 grados al enfoque que hasta entonces había tenido el problema. En concreto, deben destacarse tres aspectos.

a) *El nuevo art. 173.2 CP*

1. En primer lugar, las conductas de violencia doméstica habitual pasan a contemplarse como delito contra la integridad moral, esto es, pasan del art. 153, ubicado entre las lesiones, al art. 173.2 ubicado entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral¹⁹. El nuevo art. 173.2 considera como atentado contra la integridad moral el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre las personas protegidas y lo castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años. Además, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, podrá imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años. Y todo ello, según el art. 173.2 –y al igual que

¹⁸ Vid. Disposición adicional primera de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

¹⁹ Con el cambio de ubicación sistemática, el legislador acoge la propuesta de traslado del art. 153 al Título VII del Libro II, planteada por aquel sector de la doctrina partidario de entender que el bien jurídico protegido en el delito de violencia doméstica es la integridad moral. Así, CASTELLÓ NICÁS, “Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 63 y ss.; MORILLAS CUEVA, “Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma”, *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 669 y ss.; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, 2001, pp. 37 y ss.

sucedía en su predecesor art. 153—, 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.

2. Igualmente, se introduce un segundo párrafo en el que se establece la obligación de imponer las penas anteriores en su mitad superior si alguno o algunos de los actos de violencia:

- a) se perpetren en presencia de menores,
- b) o utilizando armas,
- c) o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima,
- d) o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Finalmente, el nuevo art. 173.2 incorpora un tercer apartado en el que, en la línea de lo que ya se había dispuesto en reformas anteriores, se pretende precisar el concepto de habitualidad. Para apreciarla se seguirá atendiendo 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, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

b) *La ampliación del círculo de sujetos protegidos*

1. La segunda modificación importante que introduce la LO 11/2003 es un nuevo catálogo ampliado de sujetos pasivos del delito de violencia habitual del art. 173.2. Con esta modificación, existirá delito de violencia física o psíquica habitual si ésta se ejerce sobre:

- a) quien sea o haya sido su cónyuge
- b) o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia,
- c) o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente,
- d) 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,
- e) o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar,
- f) así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o

privados. Repárese en que la modificación implica la inclusión de todos los descendientes, ascendientes o hermanos, ya sean propios o del cónyuge o conviviente, pero además, y con carácter general, de cualquier persona integrada en el núcleo de convivencia

familiar²⁰. Igualmente destacable es la eliminación expresa del requisito de la convivencia cuando la violencia se realiza sobre cónyuges, excónyuges, parejas o exparejas²¹. Finalmente, la extensión del círculo de sujetos pasivos va mucho más allá del ámbito familiar y de las relaciones de convivencia o afectividad actuales o pasadas: se incluyen ahora a las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidos a custodia o guarda en centros públicos o privados (por ejemplo, residencias de ancianos, ámbitos escolares, hospitalarios, etc.). Por tanto, a partir de este momento en un mismo precepto se hallan recogidos tres tipos de violencia: doméstica, de género y asistencial.

c) *La conversión de las faltas en el delito del art. 153 CP.*

1. En tercer lugar y sin duda la cuestión más controvertida de esta reforma se refiere a la aparición por vez primera de la técnica de la conversión de las faltas a delitos. El art. 153 recoge una nueva figura en la que no se exige ningún tipo de habitualidad y en el que se castiga como autor de un delito de lesiones a quien:

- a) causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito,
- b) golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión,
- c) o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos,
- d) cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

La pena prevista es la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años. Si el juez o tribunal lo estima adecuado al interés del menor o incapaz, también podrá imponerse la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

2. En consonancia con lo dispuesto en el art. 173.2, también se introduce en el art. 153 la obligación de imponer las penas anteriores en su mitad superior cuando el delito:

²⁰ Destaca los problemas que plantea la expresión “sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar”, en relación con el principio de legalidad, CORCOY BIDASOLO, “Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes”, en *LH al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1233.

²¹ Al no afirmarse nada al respecto en la regulación hasta entonces vigente del art. 153, podía suscitarse la duda de si el precepto exigía o no que hubiera habido convivencia en algún momento de la relación de afectividad. Ahora parece que el legislador ha optado por entender que no es necesario que los sujetos convivan ni que hayan convivido en ningún momento. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria se inclinan por excluir del ámbito de sujetos pasivos a los novios. Postura defendible únicamente si se parte de que no puede haber *afectio maritalis* ni asimilados sin convivencia. En este sentido, QUERALTI JIMÉNEZ, “La última respuesta penal a la violencia de género (1)”, *La Ley*, 13 febrero 2006. En contra, MUÑOZ SÁNCHEZ, “El delito de violencia doméstica habitual (artículo 173.2 del Código penal)”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, p. 81, para quien la expresa mención a la ausencia de convivencia “sólo puede interpretarse en el sentido de que el carácter análogo de la relación se refiere a los vínculos de afectividad y no a la convivencia estable de personas de distinto sexo”.

- a) se perpetre en presencia de menores,
- b) o utilizando armas,
- c) o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima,
- d) o se realicen (*sic*) 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. De lo anterior se desprende que en el nuevo art. 153 se tipifican como delito conductas que antes sólo constituían meras faltas de lesiones, de malos tratos o amenazas. La definición como delito de estas conductas, más allá del incremento punitivo que supone por estar acompañada de la pena de prisión, abre una nueva posibilidad (vetada, en todo caso, para las faltas): la imposición de la prisión provisional como medida cautelar.

7. La reforma de la prisión provisional por la LO 13/2003

En este último sentido, hay que destacar que poco después de aprobadas las reformas de la LO 11/2003, se aprobaba la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional. Mediante esta Ley Orgánica se reformó en profundidad el art. 503 LECrim, revisando los presupuestos y requisitos que han de cumplirse para la imposición de esta medida cautelar. En lo que se refiere a los delitos de violencia doméstica y de género, se establece un régimen especial al prever la posibilidad de dictar prisión provisional cuando simplemente existan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión y con ello se persiga el fin de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima (art. 503.1 ordinal 2 y 3 c.). Esto es, la reforma de la prisión provisional tuvo especialmente en cuenta a las víctimas mencionadas en el art. 173.2, de manera que, cuando se esté ante alguna de ellas, ya no opera el requisito general de que el delito tenga señalada una pena igual o superior a dos años de prisión²².

8. La LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

En este contexto aparece la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Con ella se vuelven a reformar casi todos los preceptos del Código penal que venimos analizando. El aspecto más llamativo de las modificaciones introducidas por esta Ley, y que impregna toda su esencia, es el tratamiento diferenciado que se da a una clase de víctimas: las mujeres²³. Junto a ello,

²² Este requisito tampoco opera cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 LECrim).

²³ Tal como establece la propia LO 1/2004, de 28 de diciembre, en su artículo 1, el objeto de esta Ley es "actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus

aparece el tratamiento específico de las víctimas especialmente vulnerables que convivan con el autor²⁴. Y, finalmente, se convierten en delito algunas de las faltas de amenazas y coacciones y se modifica el delito de quebrantamiento de condena.

a) *La agravación general de los delitos de lesiones cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable*

1. La LO 1/2004 modifica, en primer lugar, el art. 148 CP, donde se prevén los subtipos agravados del tipo básico del delito de lesiones. Así, se introduce una nueva agravación de las lesiones previstas en el art. 147 CP en virtud de la cual, si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, podrán ser castigadas con la pena de dos a cinco años de prisión (art. 148.4). Repárese en que la agravación opera de modo automático, sólo por el hecho de que la víctima sea mujer vinculada o ex vinculada afectivamente al autor. Igualmente, debe llamarse la atención en cuanto a que la agravación tiene lugar aun cuando no haya habido ningún tipo de convivencia. Y, en fin, debe señalarse asimismo que tampoco se requiere habitualidad o reiteración alguna para agravar las penas de las lesiones²⁵.

2. También se introduce un quinto apartado en el mismo art. 148 para agravar aquellas lesiones que se produzcan sobre víctimas especialmente vulnerables, siempre que éstas convivan con el autor. Esta nueva agravación tiene una naturaleza diferente a la anterior. La especial vulnerabilidad deberá probarse en cada caso, mientras que si la víctima es mujer se presume *ex lege*. Además, aún recayendo la lesión sobre persona especialmente vulnerable la agravación no operará a no ser que la víctima conviva con el autor.

b) *La reforma del art. 153 CP*

1. La LO 1/2004 vuelve a reformar el art. 153 CP, esta vez dándole una redacción coherente con la presunción automática de vulnerabilidad en las mujeres que introduce en los delitos de lesiones del art. 148 acabados de examinar. El delito queda configurado en función de la clase de víctima de los menoscabos psíquicos o lesiones no definidas como delito o de los maltratos de obra²⁶. Ahora pueden diferenciarse tres regímenes:

cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.

²⁴ La inclusión de los supuestos de víctimas especialmente vulnerables en la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida sobre la Mujer se lleva a cabo para acallar críticas, especialmente las del Consejo General del Poder Judicial que en su Informe al Anteproyecto de 21-6-04 se cuestiona la constitucionalidad de varios preceptos. Sobre esta cuestión, vid. ALASTUEY DOBÓN, “Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, p. 62 y ss.

²⁵ Por consiguiente, si una mujer, en un arrebato, causa una lesión a su pareja, por ejemplo, rompiéndole un dedo, se le castigará con una pena de prisión de seis meses a tres años. Pero si es el hombre quien le rompe el dedo a su mujer (ex mujer o asimilados) la pena a imponer será la de dos a cinco años de prisión. Y ello sin requerir ningún tipo de maltrato habitual. Esto es, basta con una sola vez.

²⁶ Es de advertir que desaparece la mención a las amenazas que pasan a regularse en los apartados 4 y 5 del art. 171 CP.

En primer lugar, 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, la pena a imponer es la 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 para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

En segundo lugar, la misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Aquí, de nuevo y a diferencia de lo que sucede en el caso de la mujer, para apreciar el delito debe demostrarse la especial vulnerabilidad de la víctima.

En tercer lugar, cuando la víctima no sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a el autor por una análoga relación de afectividad y tampoco sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, pero sí sea una del resto de personas mencionadas en el art. 173.2, la pena a imponer es la de prisión de tres 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 para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años (at. 153.2).

2. Por otro lado, se introduce un apartado cuarto dentro del mismo art. 153 en el que se prevé la posibilidad de que el Juez imponga la pena inferior el grado a la prevista en los apartados anteriores (esto es, incluyendo también el apartado tercero, en el que se siguen castigando los hechos con la pena en su mitad superior si se producen en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o en el de la víctima o quebrantando una de las penas privativas de derechos del art. 48, una medida cautelar o de seguridad), razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho. Repárese en que a la hora de aplicar tanto la rebaja en grado de la pena como el subtipo agravado, el término de referencia de la pena de prisión variará en función de la condición de la víctima. Así, por ejemplo, la aplicación del subtipo agravado del párr. 3º a la conducta descrita en el art. 153.2 determinará un mínimo de prisión de 7 meses y medio, mientras que ese mínimo se eleva a 9 meses si se aprecia sobre el párr. 1º del mismo artículo.

c) *La conversión de las faltas de amenazas y coacciones en delitos*

1. El delito de amenazas del art. 171 CP pasa a contar con tres nuevos apartados en los que se van a definir como delito las conductas de faltas de amenazas leves. Ello sucederá cuando la víctima sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (art. 171.4). En tal caso, se prevé una 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.

En coherencia con las previsiones de los arts. 148 y 153 CP, también se sancionarán como delito las amenazas leves sobre personas especialmente vulnerables que convivan con el autor (art. 171.4 inc. 2°).

Si las amenazas leves se producen con armas u otros instrumentos peligrosos sobre alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuando las acabadas de mencionar, la pena a imponer es la de prisión de tres meses a un año o 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 (art. 171.5).

Al igual que sucede en el art. 153 CP, estas penas se deben imponer en su mitad superior si el delito se perpetra en presencia de menores, o tiene lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realiza quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad. Y también en este ámbito puede imponerse la pena inferior en grado, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho.

2. Algo muy similar sucede en el ámbito de las coacciones. La LO 1/2004 añade un segundo apartado al art. 172 CP en el que se castigan como delito las coacciones leves constitutivas de faltas sobre quien sea o haya sido esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. La pena a imponer es la 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.

Se prevé la misma pena para las coacciones leves ejercidas sobre personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, así como los mismos supuestos de agravación y de atenuación facultativa en un grado que se contemplan en las amenazas y en el art. 153.

3. En definitiva, por lo que respecta a las amenazas, únicamente no serán constitutivas de delito, sino de falta aquellas que, siendo leves,

- a) se produzcan sin armas
- b) sobre algunas de las personas del art. 173.2, excepto las especialmente protegidas (esposa o ex esposa, mujer ligada en el presente o en el pasado por análoga relación afectividad y personas especialmente vulne-

rables que convivan con el autor), en cuyo caso serán siempre constitutivas de delito de amenazas.

Estas faltas quedan recogidas en el art. 620.2 CP como faltas cualificadas, también reformado por la LO 1/2004 y castigadas con una pena agravada en relación con las comunes (multa de diez a veinte días) consistente en la localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En cuanto a las coacciones leves, sólo podrán ser constitutivas de falta (también agravada) si se realizan sobre alguna de las personas del art. 173.2, excepto las especialmente protegidas (esposa o exesposa, mujer ligada en el presente o en el pasado por análoga relación afectividad y personas especialmente vulnerables que convivan con el autor), en cuyo caso serán siempre constitutivas de delito de coacciones. La pena a imponer en estas faltas de coacciones es la misma que en el caso de las faltas de amenazas y tampoco se requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Las vejaciones leves y las injurias leves serán siempre constitutivas de falta cualificada cuando se realicen sobre alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 (sin ulterior distinción) y castigadas con la misma pena que en los casos anteriores. Sólo en las injurias leves es necesaria para su persecución la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

d) *El quebrantamiento de condena (art. 468 CP)*

1. La LO 1/2004 también se ocupa de reformar el delito de quebrantamiento de condena. Este delito ya había sido reformado unos meses antes por la LO 15/2003. En aquella ocasión se introdujo una penalidad específica (prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de noventa a ciento ochenta días) para los supuestos en los que, no estando el sujeto privado de libertad, se quebrantara la prohibición del art. 57.2. El art. 57, también reformado por la LO 15/2003, en su apartado segundo, impone al juez la obligación de acordar, como pena accesoria privativa de derechos, la prohibición de aproximación a la víctima o a otros sujetos recogida en el art. 48.2 por un tiempo de hasta diez años si el delito fuera grave o de hasta cinco si fuera menos grave, en todos aquellos casos en los que la víctima fuera alguna de las personas protegidas que menciona ese mismo apartado y el delito fuera alguno de los previstos en el primer apartado del mismo art. 57.

2. Pues bien, la LO 1/2004 viene a modificar esta regulación del quebrantamiento de condena. El art. 468.2 establece ahora que «se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2». Como puede advertirse, las modificaciones tienen una importante trascendencia. En primer lugar, se eleva la pena de prisión a un

mínimo de seis meses y se elimina la posibilidad de imponer la de trabajos en beneficio de la comunidad. En segundo lugar, se configura un tipo específico de quebrantamiento de condena cuando la pena, la medida cautelar o la medida de seguridad se haya impuesto en un procedimiento en el que el ofendido sea alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP.

En lo referente a las penas, el delito de quebrantamiento específico se refiere ahora a todas las penas privativas de derechos incluidas en el art. 48 CP: privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos; prohibición de aproximación a la víctima o a otras personas, de acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o frecuentado por ellas y suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos reconocido en sentencia civil; y prohibición de comunicación con la víctima o con otras personas. Junto al quebrantamiento de estas penas se incluye el de medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza. Téngase en cuenta que, según establece el art. 544 bis LECrim, el juez puede imponer como medidas cautelares la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas y la prohibición de aproximarse a determinadas personas o de comunicarse con ellas. Finalmente, las medidas de seguridad que presentan la misma naturaleza que las penas privativas de derechos antes mencionadas son algunas de la incluidas en el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 96.3 CP.

III. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

1. La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante Ley Integral) viene a culminar una etapa legislativa caracterizada por la adopción de fuertes medidas de lucha contra la violencia doméstica y de género. En el apartado anterior hemos visto la evolución legislativa desde la introducción del delito de violencia doméstica en el Código Penal en el año 1989 hasta la aprobación de la Ley Integral en diciembre de 2004. En este apartado paso a realizar algunas consideraciones en torno a las últimas reformas operadas en esta materia.

2. La conversión de la falta de lesiones o de maltrato de obra en delito cuando se produce en el ámbito doméstico (art. 153 CP), introducida por LO 11/2003, de 29 de septiembre, se intenta explicar por el mayor desvalor que los actos de violencia representan en dicho ámbito, derivado de las relaciones de confianza mutua que se establecen. Sin embargo, es muy discutible que un bofetón o un empujón en el curso de una discusión, sin existir antecedentes de malos tratos, deba recibir una pena de hasta un año de prisión, sobre todo cuando fuera del contexto doméstico o asimilados sigue castigándose como falta²⁷.

²⁷ Así lo ha entendido también el Juez de Instrucción (Juzgado núm. 1 de San Vicente del Raspeig, donde se incoaron diligencias urgentes núm. 2/2004 por un delito de maltrato familiar), que interpuso una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 153 CP, reformado por LO 11/2003, de 29 de septiembre, denunciando

Por vía de ejemplo: un único empujón sobre una persona especialmente protegida ya no recibe el mismo tratamiento que sobre cualquier persona (consistente en faltas), sino que se convierte automáticamente en delito de lesiones (del art. 153 CP): esto es, si la víctima es, por ejemplo, una expareja la pena por el maltrato de obra es de 3 meses a 1 año de prisión y, en cambio, si se trata de la vecina, multa de 10 a 20 días²⁸. Como puede observarse esta conversión no sólo posibilita la aplicación de la pena de prisión (algo que nunca podría suceder si estas conductas se calificaran como faltas) sino que además, abre la vía de la prisión provisional (y, por extensión, de la detención policial). La conversión de la falta de malos tratos en delito operada por LO 11/2003, ha levantado fuertes críticas en la doctrina²⁹. Así, describe Enrique Gimbernat la realidad en la que nos hallamos diciendo que: “cuando se pretende explicar –y ésa es, en efecto, la única explicación plausible– por qué la conducta de dar un único empujón a la pareja se ha transformado de falta en un delito de lesiones, y que la pena prevista para ese comportamiento puede ser la de siete meses a un año de prisión (art. 133 –*sic*–, introducido por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre), y que una única coacción leve del hombre sobre su pareja femenina va a ser castigada con prisión de seis meses a un año (art. 130 del Proyecto contra la violencia de género), con el argumento de que esas acciones aisladas constituyen un indicio de que en el futuro el autor puede cometer ulteriores actos de violencia o de coacciones, los principios que con todo ello se están llevando a la práctica son los mismos que, en su día, inspiraron la Ley de Vagos y Maleantes, y su sucesora, la de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que aplicaban medidas de seguridad predelictuales privativas de libertad sobre la base, no del hecho

la vulneración del principio de proporcionalidad por entender que era excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito. Se trataba de “un guantazo en la cara a su compañera sentimental, dentro de una discusión y en presencia de sus dos hijas, no estimándose en la acusación la existencia de ningún hecho anterior de maltrato familiar físico o psíquico entre ambos y causando una lesión que tardó en curar un día sin tratamiento ni incapacidad”, que debía ser castigado con la pena de 9 meses de prisión. La cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado fue inadmitida por el TC mediante el Auto de 7 de junio de 2004 (ATC233/2004). El Tribunal Constitucional justifica la introducción del nuevo art. 153 CP apelando a la percepción social de la escasa respuesta punitiva existente ante el fenómeno de la violencia doméstica y, por consiguiente, de la insuficiente protección conferida a las víctimas (FJ 7º). En síntesis, el TC recurre a la doctrina sobre el principio de proporcionalidad en material penal que viene manteniendo en los últimos años y que, en esencia, vacía a este principio de todo contenido. En concreto, el TC afirma, como en anteriores ocasiones, que es discrecionalidad del legislador el fijar la cuantía de las sanciones penales y que sólo habría un exceso inconstitucional si existiera “un patente derroche inútil de coacción” que convirtiera a la norma en arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona (FJ 3º).

²⁸ A partir de la Ley Integral, en el caso de que la víctima del maltrato de obra sea mujer vinculada afectivamente al autor el mínimo de la pena de prisión pasa de tres a seis meses (art. 153.1 CP).

²⁹ Vid., por todos, MENDOZA CALDERÓN, “Hacia un Derecho penal sin fundamentación material del injusto: la introducción del nuevo artículo 153 del Código penal”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, pp. 125 y ss. Como solución alternativa a la adoptada por el legislador en las reformas operadas por LO 11/2003, LO 15/2003 y 1/2004, en relación con la conversión de la falta de lesiones en delito en el ámbito doméstico, propone de *lege ferenda* CORCOY BIDASOLO, “Delitos contra las personas: violencia doméstica y de género”, en *Nueva tendencias en Política Criminal. Una auditoría la Código penal español de 1995*, 2006, pp. 175 y s., calificar como delito cualquier conducta adecuada *ex ante* para provocar un menoscabo en la salud, independientemente de cuál sea el concreto resultado producido, quedando como faltas exclusivamente los malos tratos (es decir, una bofetada leve, un empujón) y las lesiones por imprudencia leve. Considera la autora que esta solución haría innecesarias las mencionadas reformas y obviaría la posible inconstitucionalidad de las mismas.

cometido, sino de los que el autor –por su “estado peligroso”– podía llegar a cometer”³⁰.

La cuestión que merece consideración es la siguiente: ¿puede la percepción social de la insuficiente protección de las víctimas de violencia doméstica legitimar el cambio de paradigma en este ámbito? Esto es: ¿pasar de castigar como delito lo que antes era falta cuando la víctima es persona especialmente protegida? Frente a un primer manotazo o empujón la demanda de mayor protección sólo se explica si se conecta con el fenómeno de la violencia doméstica en su globalidad. Un bofetón se valorará así como inicio de una posible escalada de violencia, como riesgo futuro de una situación de malos tratos habituales e incluso de homicidio. Agravar la pena como respuesta a ese primer bofetón implica que una parte de la misma en realidad responde a la peligrosidad criminal futura³¹.

La idea es, pues, reprimir con penas desproporcionadas (es decir, que no corresponderían a la gravedad reconocida del hecho) cualquier conducta que pudiera propiciar a largo plazo un homicidio. De hecho, el concepto de peligro futuro es la única base para castigar más severamente en estos casos los meros malos tratos (art. 153). Con el castigo desproporcionado de estos actos, en realidad, a la pena que les correspondería se le suma una “pena” añadida por la peligrosidad futura que parecen implicar. Tal “pena”, como fácilmente puede deducirse no tiene carácter de pena en sí, sino el de medida de seguridad.

3. Hasta aquí la medida introducida en el art. 153 por LO 11/2003 (esto es, la conversión de las faltas de lesiones y maltrato de obra en delito) puede ser considerada inapropiada desde la perspectiva político-criminal, pero no hay razones para cuestionar su constitucionalidad. No hay que olvidar el hecho de que la ley prevea como pena alternativa a la de prisión la de trabajos en beneficio de la comunidad (siempre contando con el consentimiento del condenado), lo que permite al juez valorar ese factor de riesgo futuro a la hora de escoger la pena. Para los casos de menor gravedad debería el tribunal optar por no aplicar la pena de prisión. Y, en cambio, reservar la pena de prisión para los casos más graves, es decir, aquellos en que haya indicios de peligrosidad futura inmediata. A partir de la Ley Integral el juez cuenta además con la facultad de aplicar la pena inferior en grado prevista en el núm. 4, art. 153, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho³².

³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, «Prólogo a la décima edición», *Código penal*, ed. Tecnos, 2004, p. 20. En idéntico sentido, en relación con la seguridad ciudadana y el problema de la multirrecidencia, SILVA SÁNCHEZ/FELIPI SABORIT/ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura», en AA.VV, *La seguridad en la sociedad del riesgo*, 2003, pp. 117 y ss.

³¹ De ahí que, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado Penal de Sabadell nº 157/04, 11-05-04, se absuelva al acusado de cometer un delito del art. 153 por “ausencia de situación objetiva de riesgo para la mujer”.

³² Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de León (secc. 3ª) de 16-03-06 en la que se condenan los dos episodios violentos del acusado dirigidos contra su compañera sentimental aplicando los arts. 171 y 173 CP, si bien imponiendo los subtipos privilegiados que se contienen en el núm. 6 del art. 171 y en el núm. 4 del art. 153. Esta posibilidad de rebajar la pena en grado que introduce la Ley Integral ha sido criticada en la doctrina por QUERALTI JIMÉNEZ, “La última respuesta penal a la violencia de género (1)”, *La Ley*, 13 febrero 2006, considerando que expresa la falta de una política criminal decidida. En mi opinión, más bien representa el reconocimiento por parte del propio legislador de que en este punto se ha llegado demasiado lejos.

4. Con todo, pese a que la Ley Integral introduzca la posibilidad de rebajar la pena en un grado en los supuestos de maltrato de obra o lesión no constitutiva de delito en que se haya de condenar por el art. 153 (medida extensible a las amenazas y coacciones leves previstas ahora como delito en los arts. 171.4 y 172.2), de ello no cabe deducir que la misma venga a suavizar la respuesta penal al fenómeno de la violencia doméstica. Todo lo contrario, la Ley Integral opta por una solución extremadamente judicializada y punitivista del problema, sin profundizar en sus múltiples y complicadas causas.

Cuando se trata de indagar sobre las causas de la violencia de género normalmente se distinguen las de *carácter social*, que responden a unos determinados patrones culturales, de las *psico-individuales*. Entre las primeras se apuntan: la desigualdad de sexos, derivada de la vieja y desigual distribución del poder entre hombres y mujeres en la sociedad, las relaciones de sumisión y dependencia de la mujer respecto al hombre (hombre encargado de cumplir el rol de proteger a la mujer y ésta el de obedecerlo), la tolerancia de la violencia masculina por parte de la sociedad e incluso por parte de la mujer. Entre las *causas individuales* de este fenómeno se alude con frecuencia al consumo de alcohol y drogas, situaciones de estrés, frustraciones y sentimientos de inferioridad, impotencia, celos, desempleo, etc. También se mencionan las situaciones de violencia vividas en la infancia en las que el mejor argumento es la violencia (reproducción de patrones interiorizados)³³. No obstante, el fenómeno es suficientemente complejo para no caer en estereotipos. Ninguno de los factores mencionados explica por sí solo la conducta violenta³⁴.

En este sentido, una Ley integral debería tener el carácter de codificadora de una normativa ya existente y venir a completar las carencias existentes, sobre todo en los ámbitos de actuación asistencial, educativo, sanitario y laboral³⁵. Sin embargo, la mitad del articulado de la Ley Integral se refiere a medidas jurídico-penales y judiciales. Por consiguiente, parece que la última reacción del Estado ante el fenómeno se ha hecho depender, una vez más, de jueces y fiscales. Tal como advierte el Informe del Consejo General del Poder Judicial al “Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres”, de 24 de junio de 2004, se llega así a judicializar un problema social³⁶. En efecto, lo que resulta sorprendente de la

³³ Sobre las causas y los efectos que produce en la mujer una situación de violencia prolongada, vid. LORENTE ACOSTA, *Mi marido me pega lo normal*, 2001, pp. 65 y ss., pp. 116 y ss.

³⁴ De hecho, difícilmente hallaremos un único factor desencadenante de la violencia doméstica. Con frecuencia, se combinarán factores de carácter social con otros de carácter individual. Así, por ejemplo, el alcohol combinado con una personalidad que ha interiorizado determinados patrones culturales de dominación y de sometimiento por parte de la pareja, puede desembocar fácilmente en el recurso sistemático a la violencia para mantener el dominio sobre la mujer. Vid. una exposición de las distintas teorías que intentan explicar las causas que desencadenan la violencia de género en FALCÓN CARO, *Malos tratos habituales a la mujer*, 2001, pp. 42 y ss.

³⁵ Así, el Informe del Consejo General del Poder Judicial al “Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres”, de 24 de junio de 2004, p. 14.

³⁶ Dice el Informe del Consejo General del Poder Judicial al “Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres”, de 24 de junio de 2004, p. 14 que “en muy buena medida la reacción del Estado ante la violencia no doméstica sino sobre la mujer, se hace depender de jueces y tribunales. Tal opción implica judicializar un problema social mucho más diverso que lo que pueda ventilarse ante y por los jueces. Habría que advertir que la intervención judicial es siempre la última, que el juez interviene cuando ya hay

nueva Ley Integral no es que se prevean medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, sino que el núcleo de tales medidas vuelva ser la modificación de las normas del Derecho penal. Nuevas normas que modifican otras normas que tan sólo están vigentes desde hace unos meses. ¿Cómo saber que no son suficientes? ¿Cómo evaluar su eficacia?

En realidad, la Ley Integral esconde, bajo un velo de ultraprotección, la imposibilidad de combatir el fenómeno de la violencia de género por medio de políticas sociales adecuadas. Y hay que tener en cuenta que un exceso de proteccionismo puede fomentar actitudes contrarias al reconocimiento de la mujer como ser autónomo y responsable, pudiendo incluso atentar contra la dignidad de la mujer, que se ve cuestionada cuando se le presume una especial vulnerabilidad en el marco de las relaciones de pareja. Difícilmente se puede explicar de otro modo su condición de persona hiperprotegida en la nueva redacción de los arts. 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP.

Insistiendo en esta cuestión, entiendo que el enfoque general de la Ley Integral en el ámbito penal no es acertado. Parte de la idea general de que la mujer se halla en una relación de dominación y subordinación respecto del hombre *siempre*³⁷. Y esa presunción justifica que siempre que la víctima sea una mujer, reciba más protección que un hombre, que ancianos o niños (automáticamente, es decir, sin necesidad de probar que se trata de una víctima especialmente vulnerable)³⁸. En efecto, mientras que para considerar a un menor o un anciano persona especialmente vulnerable deben cumplirse los requisitos de convivencia con el autor y de prueba concreta en el proceso de esa especial vulnerabilidad, la mujer vinculada afectivamente al sujeto activo es considerada en todo caso persona especialmente vulnerable y, por ello, se la hiperprotege³⁹. Por

un conflicto –en no pocos casos gestado a lo largo de los años– de ahí que sea un error pensar que la solución principal está en el juez, especialmente en el ámbito penal”.

³⁷ A favor de esta postura sostiene LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, RECPC, 07-08 (2005), 08:14, que la premisa legitimadora de las figuras destinadas a proteger de modo más intenso a la mujer parten del “reconocimiento de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en la sociedad de nuestros días. Sólo cuando no se admite esa posición subordinada de la mujer respecto del varón en el contexto social y se parte, por el contrario, de una pretendida paridad entre hombres y mujeres, tiene sentido que se reclame el trato igualitario de todos ellos frente a eventuales –e indiferenciados– actos –mutuos– de violencia”. En contra, sostiene el Informe del Consejo General del Poder Judicial al “Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres”, de 24 de junio de 2004, pp. 24 y 25, que el hombre y la mujer parten de la misma situación de tutela por el derecho, por lo que no se explica un tipo penal diferente que otorgue una superprotección de la libertad de la mujer, a costa de una mayor restricción de la libertad del varón, como la que deriva del endurecimiento de la pena prevista en el tipo penal.

³⁸ Tal como advierten BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *La Ley*, 14 diciembre 2004, “se produce la impresión de que la ley presume una mayor vulnerabilidad de la mujer, que siendo cierto en el plano social y en relación con la condición de mujer, puede no serlo en la situación concreta y real, atribuyéndole al autor lo que sería obra de otros”. Y añaden acertadamente que “esta atribución de responsabilidad con carácter general es incompatible con los principios del Derecho penal moderno en un Estado de Derecho, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos» por el hecho propio, y no por hechos ajenos”.

³⁹ Vid. Auto del Juzgado de lo Penal Castilla y León, Valladolid, (Secc. 1ª), 4-11-05, P: Ortiz Sanz, en el que se cuestiona la constitucionalidad del art. 153.ICP, destacando la clara situación de desventaja que en relación con dicho precepto se aprecia en supuestos como la violencia intrafamiliar sobre ancianos o niños, señalando que se trata de grupos que tienen una mayor limitación en cuanto a la defensa y posibilidad de denuncia del hecho y respecto a los cuales se habla de “cifras negras” en cuanto a la estadística de los casos en que son objeto de maltrato en el ámbito familiar.

otro lado, la consideración del hombre como único sujeto activo de los subtipos agravados de los arts. 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP es un error, por la sencilla razón de que la mujer no obtiene más protección por el hecho de que se le proteja de manera especial (hiperprotección) sólo a ella y no al resto de posibles víctimas de violencia⁴⁰. La Ley penal debería abarcar cualquier relación de subordinación y violencia, con independencia del sexo de la víctima, situación de subordinación que debe ser probada *siempre* en el caso concreto.

5. En relación a la agravación general de los delitos de lesiones que introduce la Ley Integral cuando la víctima es mujer o persona especialmente vulnerable, cabe hacer algunas críticas: que hay lesiones más graves que otras por razón de los instrumentos empleados (con armas), por la forma de comisión (ensañamiento o alevosía), o por la especial vulnerabilidad de la víctima (menores de doce años o incapaces), está claro y es justificable. Precisamente por ello se prevé un subtipo agravado en el art. 148 CP que contempla estas situaciones y las castiga con la pena de prisión de dos a cinco años. Pero de ningún modo puede justificarse que se presuma esa vulnerabilidad en las esposas o novias, sólo por el hecho de ser mujeres⁴¹. Y de ningún modo puede justificarse que las lesiones producidas sobre ancianos (hombres) o en niños o niñas de, por ejemplo, 13 años no se presuma una vulnerabilidad, por lo menos idéntica, a la que se pretende atribuir a la mujer.

Es cierto que puede suceder, y a menudo será así, que la mujer se halle en una situación de especial vulnerabilidad por el contexto de violencia habitual al que se encuentre sometida. Pero esta situación ya es tenida en cuenta en el art. 173.2, que, como ya se ha afirmado antes, castiga precisamente el haber generado esa situación de indefensión y atentado contra la integridad moral y –esto es fundamental– no impide, castigar, además y por separado, los concretos actos de lesiones. Pero no sólo ya tenemos un artículo 173.2. Además, si realmente concurre una situación de dominación y sometimiento en el caso concreto, y ello no debe presumirse legalmente siempre que la víctima sea una mujer, ya contamos con una agravante genérica por razón del parentesco⁴², otra por razón del abuso de superioridad y, por si fuera poco, tenemos otra de discriminación por razón de sexo (¡art. 22. 4º!)⁴³.

⁴⁰ Que el sujeto activo haya de ser necesariamente un hombre y el sujeto pasivo, una mujer, se deduce del propio art. 1.1 de la Ley Integral. En el mismo sentido, la Circular 4/2005, de la Fiscalía General del Estado de 18 de julio de 2005, al establecer los criterios de aplicación de la Ley Integral, afirma que “para que los actos de violencia sobre la mujer incidan en el ámbito de esta ley y puedan reputarse violencia de género es preciso que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea siempre una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aún sin convivencia”.

⁴¹ Admitir lo contrario nos coloca en una situación de presunta debilidad insoportable en el momento actual que no hace más que alentar viejos fantasmas como los que identifican a la mujer con el “sexo débil”.

⁴² Con la LO 11/2003 se ha modificado el art. 23 CP, extendiéndose el parentesco a los que hayan sido cónyuges o hayan estado ligados de forma estable por análoga relación de afectividad. Es decir, que la circunstancia de parentesco alcanza ahora a excónyuges y equivalentes.

⁴³ Si además añadiéramos una nueva agravante genérica por razón de machismo, como proponen en la doctrina COMAS D'ARGEMIR CENDRA, “La Ley Integral contra la Violencia de Género. Nuevas vías de solución”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, p. 50, y QUERALT I JIMÉNEZ, “La última respuesta penal a la violencia de género (1)”, *La Ley*, 13 febrero 2006, entiendo que habría que eliminar buena parte de las modificaciones introducidas en el Código penal en los últimos

6. Todo ello nos lleva directamente a la cuestión de la **discriminación positiva**. En términos generales la discriminación positiva es adecuada cuando se trata de políticas dirigidas a mejorar la calidad de vida de grupos desfavorecidos, equilibrándolos con otros grupos que por cualquier razón aparecen como más favorecidos. Se trata de intentar igualar la situación de quien está en desventaja. Ahora bien, en la Ley integral se contienen medidas que comportan directamente un perjuicio para los hombres. En el ámbito de la justicia, y del Derecho penal, no hay desequilibrio, de manera que cualquier medida que tienda a favorecer a un grupo de personas, supone el perjuicio directo para los que queden fuera. No es discriminación positiva sino una medida irrazonable la de castigar más idénticos comportamientos si el hombre es quien los realiza. E igualmente irrazonable es crear juzgados sólo para las mujeres, es decir, de cuantas ventajas no pueden beneficiarse los hombres pese a que se hallen en la misma situación objetiva.

7. En definitiva, del conjunto de las últimas reformas en materia de violencia doméstica y de género, cabe realizar las siguientes consideraciones político-criminales: en primer lugar, se están tratando del mismo modo fenómenos diferentes (así, claramente en el art. 173.2, modificado por LO 11/2003, y en la Ley Integral, donde se mezclan violencia de género, doméstica y asistencial)⁴⁴. En segundo lugar, con el castigo como delito de conductas que en sí son de faltas (conversión iniciada con el delito del art. 153), la filosofía que está detrás es la de la agravación de la respuesta punitiva por la peligrosidad criminal. En tercer lugar, no existe un interés diferenciado que legitime las principales medidas jurídico-penales adoptadas por la Ley Integral, por cuanto la eliminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres no puede erigirse en bien jurídico-*penal*. En cuarto lugar, con la Ley Integral se está introduciendo una medida de discriminación positiva en un ámbito en el que no hay desigualdad de partida, esto es, en la legislación penal. Por ello, la mayor protección que se otorga a la víctima mujer en detrimento de otras personas no se justifica y atenta claramente contra el principio de igualdad. De ahí, que haya que cuestionar la constitucionalidad de algunos de los preceptos del Código Penal reformados por la Ley Integral, no siendo posible salvar la objeción de inconstitucionalidad por vía interpretativa, sin forzar demasiado los tipos penales⁴⁵.

años en materia de violencia doméstica. Entre ellas, por supuesto, la inclusión de un subtipo agravado de lesiones como el previsto en el apart. 4º del art. 148 (cuando la víctima es mujer). Seguramente ésta sería una solución más razonable y menos distorsionadora. Pero, ¿podemos agravar la responsabilidad del autor basándonos en el componente “machista” que hay detrás de muchas de las agresiones de hombres sobre mujeres? Si ese componente se halla en la base social y se arrastra históricamente hasta nuestros días, ¿es lícito cargar al individuo con ese reproche social? ¿no vulneramos el principio de culpabilidad? A mi entender, para no infringir el principio de culpabilidad siempre habrá que probar en el caso concreto que el sujeto ha actuado por móviles machistas.

⁴⁴ Insiste en la necesidad de separar violencia doméstica de violencia de género, proponiendo un tratamiento penal autónomo para cada fenómeno, LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, REPCPC, 07-08 (2005), 08:4. En el mismo sentido, MAQUEDA ABREU, “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, REPCPC, 08-02 (2006), 02: 4.

⁴⁵ Respecto a esto último, de acuerdo, Auto del Juzgado de lo Penal Castilla-La Mancha, Albacete, (Secc. 2ª), 11-11-05, P: Santamaría Matesanz. De otra opinión, BOLDOVA PASAMAR Y RUEDA MARTÍN, “Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género* (coord. Boldova Pasamar y Rueda Martín), 2006, pp. 29 y ss., quienes, en un loable

Concretamente, considero que deberían ser declarados inconstitucionales los arts. 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP, que prevén una agravación de la pena para el autor (hombre) siempre que el sujeto pasivo “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. La tacha de inconstitucionalidad básicamente derivaría de vulnerar el principio de igualdad y de no respetar el principio de culpabilidad. Efectivamente, el art. 14 CE se ve vulnerado cuando una misma conducta objetiva es tipificada como delito o falta en función del sexo del sujeto pasivo (vid. arts. 171.4 y 172.2), y también cuando se prevén subtipos agravados (distintos niveles de protección) en atención al sexo del sujeto pasivo (art. 153.1 CP)⁴⁶. Por su parte, el principio de culpabilidad resulta infringido cuando se agrava la pena del autor (hombre) partiendo de que estadísticamente la mayoría de casos de violencia ejercida sobre la mujer se basan en situaciones de desigualdad y de dominación del hombre hacia la mujer, sin tener en cuenta otras posibles causas de dicha violencia y, lo que es más grave, sin necesidad de probar en el caso concreto que se ha actuado abusando de esa situación de dominación y por móviles discriminatorios⁴⁷.

8. A modo de conclusión final, cabe advertir que todavía es demasiado pronto para evaluar los efectos que puede tener la nueva batería de medidas para la lucha contra la

esfuerzo por salvar la tacha de inconstitucionalidad de la nueva protección penal dispensada por la Ley Integral, proponen interpretar los tipos cuya constitucionalidad se cuestiona a partir de un doble fundamento material que limitaría su aplicación únicamente a “aquellos hombres a quienes se debe atribuir responsabilidad penal en concreto por ejercer de forma violenta una posición dominante en la relación de pareja con una mujer, basada en una actitud discriminatoria hacia la misma por razón de su sexo”. La doble exigencia de abuso de la relación de poder y de motivos discriminatorios salvaría, como apuntan estos autores, el reproche de que el hombre siempre se castigado por violencia de género, aunque no haya habido abuso de relación de poder. Pero no evitaría cuestionarse la exclusión sistemática de la mujer como posible autora de las agravaciones previstas en aquellos tipos que exigen que el sujeto activo sea hombre y el sujeto pasivo, mujer vinculada a él afectivamente (excluidos quedarían también los hombres en relaciones homosexuales). En cualquier caso, entiendo que la interpretación teleológica propuesta por Boldova Pasamar y Rueda Martín no es admisible por suponer una reducción teleológica por debajo del núcleo conceptual básico del tipo.

⁴⁶ Según Auto del Juzgado de lo Penal Comunidad Valenciana, Orihuela, (Núm. 1), 12-12-05, P: Martínez Aroca, la inconstitucionalidad del art. 171.4 “surge por definir el sujeto activo y pasivo del delito por razón del sexo, al margen del comportamiento objetivamente realizado y por no justificar adecuadamente el tratamiento punitivo de la amenaza Eve contra la mujer”. En el mismo sentido, pero en relación al art. 153.1 CP, el Auto del Juzgado de lo Penal Castilla-La Mancha, Albacete, (Secc. 2ª), 11-11-05, P: Santamaría Matesanz, se cuestiona la constitucionalidad del precepto por considerar que establece “un tipo agravado de violencia en la pareja no en función del hecho o acción típica sino en función del sexo de uno de sus miembros, sin que ello suponga una legítima discriminación positiva sino una pretendida sobreprotección de la mujer que genera por exceso efectiva desigualdad en materia como es el Derecho Penal, que no la admite”. Y añade que “la opción del legislador creando tipos agravados en función del sexo del sujeto pasivo del delito, en un claro adelanto de las barreras punitivas, es una opción arriesgada y dudosamente constitucional que abre la vía a futuras discriminaciones por razón de raza o religión si se comprueba que sus miembros pertenecen a un grupo potencialmente peligroso, con base en estudios estadísticos (véase el integrismo islámico) y discutible en sus resultados, (...)”.

⁴⁷ Cfr., en este sentido, Auto del Juzgado de lo Penal Castilla-La Mancha, Toledo, (Núm. 2), 1-12-05, P: Rivas Carreras, en el que se promueve cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 153.1 CP, por entender que el mismo “establece una presunción que no admite prueba en contrario al desprenderse del mismo que toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas masculinas constituye una manifestación de la discriminación: la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o han sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, y ello sin tener en cuenta pues otros posibles orígenes de dicha violencia (celos, venganzas, etc.)”.

violencia doméstica y por razón de sexo. Normalmente, las agravaciones de las penas no tienen efecto preventivo alguno. No es más eficaz una política criminal que lleva al legislador a aplicar penas más duras. Es bien sabido que más importante que la gravedad de la pena es la certeza de que se va a imponer una pena. En la mayoría de los casos tales elevadas penas o bien no se conocen o bien no desempeñan papel alguno en el momento de cometer la conducta delictiva. Es cierto que la confianza en la impunidad de los actos de violencia doméstica se va disminuyendo progresivamente, pues la presión social y jurídica ha aumentado considerablemente. Pero también debe reconocerse que en muchos casos el descubrimiento de sus actos no juega un papel desincentivador alguno, pues se sabe que algunos maltratadores asumen e incluso denuncian sus hechos ante las autoridades. Otros llegan a suicidarse.

Más útil que seguir endureciendo la reacción penal sería concentrarse en mejorar los medios para garantizar una protección efectiva de las víctimas (especialmente, de las que han hecho constar ante el juzgado su situación de malos tratos). Y allí donde el Estado no es capaz de garantizar su seguridad vital, apostar por que la misma adopte medidas básicas de autoprotección. En este sentido, como es materialmente imposible que cada mujer víctima de malos tratos se haga acompañar por un policía, y los aparatos electrónicos difícilmente impiden que se acaben consumando los lamentables resultados por todos conocidos, en los casos de mayor riesgo lo más razonable sería que la víctima estuviera lo más preparada posible para repeler la agresión en los términos propios de la legítima defensa⁴⁸. Por supuesto, la defensa frente al agresor para ser legítima habrá de respetar los requisitos establecidos en el art. 20.4 CP, sin que quepa flexibilizar ni desvirtuar los presupuestos dogmáticos de dicha figura⁴⁹.

⁴⁸ Hay que tener en cuenta, como apunta ASÚA BATARRITA, “Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 1, 2004, p. 208, que el “peligro de repetición” en estos casos no es indeterminado en cuanto a eventuales víctimas o en cuanto a la ocasión o el lugar, puesto que la peligrosidad del agresor aparece claramente dirigida hacia la mujer ya victimizada, los hijos o determinados allegados, siendo bastante previsible la clase de agresión que puede temerse.

⁴⁹ De otra opinión, quienes se muestran partidarios de una interpretación más flexible de los requisitos de la legítima defensa (especialmente, la actualidad de la agresión y la racionalidad del medio) para evitar que no se pueda utilizar por las víctimas de violencia doméstica, vid., por todos, LARRAURI PÍJOAN, “Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho”, en LARRAURI/VARONA, *Violencia doméstica y legítima defensa*, 1995, pp. 31 y ss. Críticamente, SUÁREZ LÓPEZ, “Legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica”, en *Estudios penales sobre violencia doméstica* (coord. Morillas Cueva), 2002, pp. 257 y ss.