

# LA IGUALDAD Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

## Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja

**Ignacio José Subijana Zunzunegui**

*Magistrado. Doctor en Derecho*

---

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2010, núm. 12-05, p. 05:1-05:24. Disponible en Internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-05.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 12-05 (2010), 10 ago]

**RESUMEN:** El trabajo trata de mostrar que el modelo político criminal fundado en la estrategia actuarial –cuyas notas identificadoras se definen– se encuentra presente en cinco ámbitos de la política pública en el tratamiento penal de la violencia en la

relación de pareja: la descripción legal de las conductas típicas, la doctrina del Tribunal Constitucional elaborada para justificar la constitucionalidad de los preceptos penales introducidos por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la regulación de los remedios alternativos a la ejecución de la pena de prisión, las exigencias de la prueba de los hechos y la prohibición de la mediación.

**PALABRAS CLAVE:** Protección reforzada de la vulnerabilidad victimal, estrategia actuarial, peligrosidad, remedios penales inocuidadores.

Fecha de publicación: 10 agosto 2010

---

**SUMARIO:** I. IGUALDAD Y DERECHO PENAL. II. LA EVOLUCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL: LA IRRUPCIÓN DE LA ESTRATEGIA ACTUARIAL. III. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LA DESCRIPCIÓN LEGAL DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS. IV. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LOS REMEDIOS PENALES ALTERNATIVOS A LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN. 1. La pena privativa de libertad: suspensión de la ejecución y sustitución de la pena de prisión. 1.1. La inexecución condicionada de la pena de prisión 1.2. La sustitución de la pena de prisión. 2. La pena privativa de derechos. VI. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LA PRUEBA. VII. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LA MEDIACIÓN PENAL. VIII. REFLEXIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

*El manipulador busca siempre satisfacer sus necesidades e imponer su voluntad, no teniendo en cuenta para nada lo que la otra persona siente o precisa.*

*(Walter Dresel)*

## I. IGUALDAD Y DERECHO PENAL

La legislación penal no forma parte del derecho antidiscriminatorio, conformado por todas las acciones normativas dirigidas a promover la igualdad real entre hombres y mujeres mediante la remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla (artículo 9.2 CE). En concreto, las medidas punitivas no constituyen acciones positivas<sup>1</sup> que tratan de paliar, en ámbitos comunitarios domeñados por los bienes escasos, situaciones de desigualdad fáctica de naturaleza grupal no susceptibles de corrección por la sola formulación del principio de igualdad formal. El fundamento de este aserto es clarividente: el orden penal no es un ámbito prestacional que pretenda asegurar a las personas el acceso en condiciones de igualdad a determinados derechos o prestaciones; constituye, más bien, un sector legal que trata de proteger a los individuos de la lesión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos fundamentales.

El enfoque es distinto si se examina la cuestión desde el prisma de la protección de las víctimas, anudando la intensidad de la tutela penal al grado de lesividad de la conducta del victimario (SUBIJANA, 2006: 43). Desde esta perspectiva es factible que determinadas agresiones en la relación de pareja presenten un desvalor específico que justifique la imposición de una pena agravada. Ello acaecerá, como luego analizaremos, en aquellos casos en los que la violencia supone una estrategia de instauración o consolidación de un espacio de dominio que, por una parte, refuerza la posición del agresor y, por otra parte, debilita las posibilidades de defensa de la víctima (COLMENERO, 2006: 296). En estos casos, la violencia no sólo menoscaba la indemnidad psicofísica de la víctima sino que, también, la somete a la voluntad del agresor, lo que cercena el libre desarrollo de su personalidad, uno de los componentes vertebrales de la dignidad humana (artículo 10.1 CE).

La estimación del orden penal como un ámbito exógeno a las acciones positivas explica que la legislación estatal (Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) no contenga referencias punitivas<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Las acciones positivas o de afirmación y las discriminaciones positivas son conceptos distintos. La técnica de la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico mejor a un grupo y, de modo simétrico, un trato jurídico peor a otro grupo. Las acciones positivas únicamente desarrollan el primer efecto.

<sup>2</sup> Es más, el artículo 13.2 de la ley estatal determina que el proceso penal es la única excepción al principio de inversión de la carga de la prueba sobre la existencia de una discriminación.

## II. LA EVOLUCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL: LA IRRUPCIÓN DE LA ESTRATEGIA ACTUARIAL

El Derecho Penal del siglo XX trata de aquilatar la potestad punitiva del Estado a las exigencias del principio de mínima intervención penal. Este objetivo tiene su plasmación en la configuración de tres elementos esenciales: el delito, la autoría y la sanción.

El delito se concibe conforme al paradigma del daño. Por lo tanto, se tilda como infracción penal toda conducta que lesiona un interés esencial para cualquiera de las tres dimensiones del ser humano: la personal, la civil y la comunitaria. Este objetivo tiene cabida en la configuración del delito, la autoría y la sanción.

El autor se define conforme al paradigma de la individualidad. De esta forma, el hecho pertenece jurídicamente a la persona física (única que puede ser culpable) que ejecuta o aporta una contribución relevante a la ejecución del delito.

La sanción se estructura en torno al paradigma preventivo. La reacción punitiva trata de evitar la comisión de delitos condicionando los comportamientos futuros del conjunto de individuos que conforman la sociedad –prevención general- o actuando sobre las causas que han provocado que un sujeto en particular haya causado un daño –prevención especial-.

El Derecho Penal de los comienzos del siglo XXI, alentado por una necesidad de construir un espacio blindado a la creciente sensación de temor e inquietud de padecer conductas deletéreas, sufre una considerable expansión (SILVA, 2006: 31) al socaire de un objetivo político criminal de nuevo cuño: la seguridad (PAREDES, 2006: 141). La traducción es tangible en el diseño del delito, la autoría y la sanción.

En el delito adquiere vigor el paradigma del riesgo que conduce a un incremento de la criminalización a través del adelantamiento progresivo de las barreras penales. Así, además de los actos de lesión de intereses protegibles, adquieren el carácter de injusto penalmente relevante: las conductas de creación de un riesgo específico para el bien jurídico (delitos de peligro concreto); los comportamientos idóneos para crear un peligro para el bien jurídico (delitos de peligro hipotético) y, finalmente, las conductas generalmente peligrosas (delito de peligro abstracto).

En la autoría se añade al sujeto individual la responsabilidad de entes colectivos dotados de personalidad jurídica propia. La empresa debe comportarse autorresponsablemente, diseñando y manteniendo su organización dentro de los márgenes del riesgo permitido, respondiendo penalmente si incumple este deber de autocontención del riesgo (GÓMEZ-JARA, 2006: 19). Esta responsabilidad puede fundarse en la idea de culpa organizativa (ZÚÑIGA, 2008: 13), o en el concepto de peligrosidad objetiva de la organización (FEIJOO, 2007: 135).

En la sanción, los fines preventivos, contruidos en torno a estrategias de rehabilitación de fundamento terapéutico o formativo, ceden terreno ante los objetivos neutralizadores o inocuidadores cuyo destino es aislar de la sociedad al infractor

todo el tiempo que sea posible sin importar demasiado su evolución. La inocuización garantiza la reducción de los efectos del delito sobre la sociedad sin alterar ni el contexto social ni las condiciones ambientales o personales del delincuente, simplemente, mediante la reubicación espacial de los delincuentes en la sociedad. Ello ha supuesto la implementación de propuestas centradas en hacer recaer sobre el delincuente peligroso el peso de la prevención del delito, sometiéndolo a medidas inocuizadoras de duración larga e, incluso, indeterminada (FARALDO, 2008: 743).

El tránsito de uno a otro modelo se fundamenta en una propuesta político criminal que centra su interés en la identificación de perfiles de individuos peligrosos conforme a modelos denominados actuariales. La política penal fundada en una estrategia actuarial se estructura sobre tres criterios:

\* Se define la peligrosidad de manera desligada de la valoración específica del pronóstico de recidiva elaborado conforme a criterios validados en el plano científico. Para tal objetivo se acude a dos instrumentos: la implementación de pautas estadísticas que miden la frecuencia de la reiteración delictiva en determinados contextos o la introducción de presunciones normativas de peligrosidad vinculadas a la comisión de específicos injustos penales.

\*Al identificado como peligroso no se le confiere la oportunidad de demostrar que su ajuste al perfil no conlleva la afirmada peligrosidad. En otras palabras: se definen grupos de riesgo, se concluye que la persona que ha cometido un ilícito penal forma parte de alguno de ellos y, finalmente, se infiere, tomando como premisas la comisión de un delito y la pertenencia a un grupo de riesgo, que la referida persona cometerá en el futuro nuevos delitos.

\*No se permite un examen periódico de la permanencia de la afirmada peligrosidad para determinar la persistencia del riesgo de recidiva y perfilar, en cada caso y momento, la necesidad e intensidad de la actuación punitiva (DEL ROSAL, 2009: 29).

Estos tres criterios cohonestan con el objetivo pretendido con la implantación de esta política penal: neutralizar a quien se ajusta al perfil de individuo peligroso. Se trata, por tanto, de un modelo penal de seguridad cuya efectividad (que, en ocasiones, se presenta como una antítesis de la garantía) se vincula a la ausencia de impunidad (solo es eficaz, por lo tanto, la condena). Ello justifica que, en el orden procesal, surjan discursos jurisprudenciales que rebajan los estándares de calidad de la prueba apta para dismantelar la eficacia protectora del derecho a la presunción de inocencia (LOPEZ, 2007: 227).

La presente reflexión trata de dejar constancia de que el modelo político criminal fundado en la estrategia actuarial se encuentra presente en cinco ámbitos distintos de la política pública en el tratamiento penal de la violencia en la relación de pareja:

\*La descripción legal de las conductas típicas.

\*La doctrina del Tribunal Constitucional para justificar la constitucionalidad de los preceptos penales introducidos por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPVIG).

\*La regulación de los remedios penales alternativos a la ejecución de la pena de prisión.

\*Las exigencias de prueba para el decaimiento legítimo del derecho a la presunción de inocencia.

\*La prohibición de la mediación.

### III. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LA DESCRIPCIÓN LEGAL DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS

El comportamiento violento es una conducta en la que alguien daña o fuerza a otro mediante el uso de la fuerza física, psicológica o emocional (GARCÍA/ROMERO, 2006: 13). Su presencia en la relación de pareja es multiforme. Son tres, básicamente, las modalidades que cabe diferenciar:

\* La violencia como medio elegido por un miembro de la relación de pareja para subyugar y controlar al otro. Es la violencia de dominio.

\* La violencia que en un momento específico un miembro de la pareja emplea sobre el otro en el curso de un conflicto de pareja. Es la violencia coyuntural.

\* La violencia que ambos integrantes de la pareja utilizan, el uno contra el otro, en el seno de una controversia de pareja. Es la violencia cruzada o recíproca.

La legislación penal española (Ley Orgánica 3/1989, Código Penal de 1995, Ley Orgánica 14/1999 y Ley Orgánica 11/2003), enmarcó los tres tipos de violencia que se acaban de reseñar en la denominada violencia intrafamiliar o doméstica, ofreciendo un tratamiento normativo uniforme. Así, cualquiera que fuera el sexo del agresor, la violencia en la relación de pareja se integraba en las mismas infracciones penales (delito o falta), y era objeto de una ponderación jurisdiccional por los órganos judiciales ordinarios (Juzgado de Instrucción, como órgano de investigación, y Juzgado de lo Penal y Audiencia Provincial, como órgano de enjuiciamiento).

Esta situación cambió con la entrada en vigor de la LOMPIVG. Esta ley, amén de otras modificaciones, concibe la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja como violencia de género, definiendo como tal toda violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligadas a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (artículo 1.1 LOMPIVG). El concepto normativo de violencia de género descansa, por lo tanto,

en un elemento personal, otro objetivo y, uno final, subjetivo. El elemento personal es que el agresor sea un hombre y la víctima una mujer, existiendo, entre ambos, un vínculo matrimonial o una relación similar de afectividad. El elemento objetivo es un acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. El elemento subjetivo es que la violencia sea una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Sin embargo, la regulación penal (artículos 36 a 39, preferentemente) omite toda referencia al contexto de dominación, limitándose a exigir que la víctima sea, o haya sido, la esposa o la mujer que estuviera o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación. Se prescinde del elemento subjetivo, lo que, en principio, constituye una ampliación en el orden penal del concepto de violencia de género.

El fundamento de la política penal implementada en la citada ley se encuentra en la equiparación de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja con la violencia de género. Precisamente, la unificación bajo el rótulo de violencia de género de violencias de disímil tipología, etiología y gravedad es una estrategia estrictamente actuarial en la medida que posibilita un tratamiento punitivo homogéneo de contextos o situaciones de diferente lesividad, homogeneidad que provoca que, en todos los casos, se califique al autor del agresión como maltratador y, consiguientemente, como peligroso, catalogación que viene acompañada, a su vez, de la consideración de la víctima como una persona desvalida a quien a toda costa hay que proteger, aun contra su voluntad.

Esta equiparación difumina las diversas modalidades de violencia en la relación de pareja y, con ello, genera, sustancialmente, tres planteamientos censurables (SUBIJANA, 2009: 120):

\* Estima que la etiología de toda violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja radica en la desigualdad, obviando, con ello, la diversa fenomenología de la violencia conyugal. Este discurso, tal y como afirma LARRAURI (2007: 29,30), simplifica en exceso la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja, al estimar como causa suficiente de la misma, la subordinación de la mujer en la sociedad, excluyendo, de raíz, el examen de otros factores de riesgo validados en los estudios criminológicos<sup>3</sup>.

\* Confiere un tratamiento jurídico específico a violencias (como las reactivas y las cruzadas) que no se desarrollan en un contexto de dominación, lo que priva de sentido político criminal a la tutela penal reforzada y al tratamiento jurisdiccional específico. Por ello, de forma escasamente comprensible, en los supuestos de vio-

<sup>3</sup> La citada autora, aduciendo los estudios publicados por BUZAWA y BUZAWA y LOSEK, reseña los siguientes: personalidad de los agresores; abuso de alcohol y otras drogas; estructura atomizada y jerárquica de la familia; parejas de hecho; entre jóvenes; mayores índices de violencia contra la mujer en ciudades que en zonas rurales; en barrios en los que existe una amplia problemática social; clase social o situación de exclusión social; pertenencia a minorías étnicas; valores culturales e índices globales de actos violentos.

lencia cruzada, cada una de las violencias es objeto de un procedimiento cuya instrucción compete a un órgano judicial diferente: la violencia del hombre sobre la mujer al Juzgado de Violencia sobre la Mujer; la violencia de la mujer sobre el hombre al Juzgado de Instrucción<sup>4</sup>.

\* Compromete la autonomía vital de la víctima, al implementar un modelo jurídico basado en la lógica del castigo, en el que, con independencia de sus deseos o peticiones, a la víctima se le exige que denuncie, que mantenga de forma inquebrantable la imputación y que se separe de forma definitiva de su agresor (LARRAURI, 2007: 76). La voluntad de la víctima que no cohoneste con la lógica punitiva que preside el sistema penal vigente la ubica, en el mejor de los casos, en la incompreensión y la conduce, en el peor de los supuestos, a su criminalización<sup>5</sup>.

#### IV. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El disímil tratamiento punitivo en los injustos de maltrato ocasional, coacciones y amenazas<sup>6</sup> motivó un número considerable de cuestiones de constitucionalidad en las que, entre otros argumentos ajenos al tema de este trabajo, se entendía que las normas penales referidas vulneraban el artículo 14 de la Constitución. El fundamento de las cuestiones era que la nueva regulación legal introducía una discriminación positiva por razón de sexo, a favor de la mujer, que deviene en indebida discriminación negativa en perjuicio del varón. Este planteamiento ha sido recha-

<sup>4</sup> Los artículos 87 ter LOPJ y 14.2 LECrim explicitan que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, entre otros casos, de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad por los delitos violentos que se cometan contra quien, en relación al que figura como agresor, sea o hay sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. Es claro, por lo tanto, que la competencia objetiva del Juzgado de Violencia sobre la Mujer puede comprender los delitos violentos en los que afirmada víctima sea un hombre. De ahí, precisamente, su denominación. Por ello la extensión competencial por conexidad queda circunscrita a los supuestos previstos en el artículo 3º y 4º LECrim, según dispone el artículo 17 bis LECrim. Es decir: casos en que se comete un delito como medio para cometer otro o facilitar su ejecución; o supuestos en que se comete un delito para procurar la impunidad de otro. Consecuentemente, en las denuncias cruzadas, el sistema legal (criticable o no, pero imperativo para el juzgador según disciplinan los artículos 117.1 CE y 1 LOPJ) obliga a que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer únicamente conozca de los hechos en los que la afirmada víctima es la mujer, defiriendo a los Juzgados de Instrucción la investigación de los hechos en los que la afirmada víctima es el hombre (artículo 14.2 LECrim).

<sup>5</sup> A una lógica estrictamente punitiva responde un discurso judicial (de escaso predicamento, afortunadamente) que, en los supuestos de reanudación de la convivencia tras la imposición de una medida cautelar o una pena de alejamiento, condena a la mujer como inductora o cooperadora necesaria en un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar (así, sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, de 21 de febrero de 2007).

<sup>6</sup> En resumen, la actual legislación penal, en la relación de pareja heterosexual:

- ; confiere idéntico tratamiento punitivo al asesinato y el homicidio (artículos 138 y 139 CP), a las detenciones ilegales (artículos 163 a 166 CP) y a la violencia física o psíquica habitual (artículo 173.2 CP);
- ofrece un disímil tratamiento punitivo (sancionando más gravemente cuando los hechos los comete el hombre) a las lesiones (artículos 147, 148.4, 153, 1 y 2 del CP), las amenazas leves (artículo 171.4 CP) y las coacciones leves (artículo 172.2 CP).

zado por la doctrina del Tribunal Constitucional al entender que no constituye el sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados. Así, SSTC 59/2008, de 14 de mayo, 76/2008, de 3 de junio, 45/2009, de 19 de febrero, 107/2009, de 4 de mayo, 127/2009, de 26 de mayo, 151/2009, de 25 de junio, 152/2009, de 25 de junio, 153/2009, de 25 de junio, 164/2009, de 2 de julio, 165/2009, de 2 de julio, 166/2009, de 2 de julio, 167/2009, de 2 de julio, 177/200, de 21 de julio, 179/2009, de 21 de julio, 180/2009, de 21 de julio, 201/2009, de 27 de octubre, 202/2009, de 27 de octubre, 203/2009, de 27 de octubre y 213/2009, de 26 de noviembre.

Desde la perspectiva jurídico penal, lo relevante es el estudio del discurso del máximo intérprete de la Constitución en aras a calibrar si contiene criterios exegéticos propios de un modelo político criminal imbuido por los criterios actuariales.

El punto de partida de este análisis es un argumento presente en todas las resoluciones emitidas en esta materia por el Tribunal Constitucional: “(...) *la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa(...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada*”. Por ello, sigue razonando el máximo intérprete de la Constitución, “(...) *que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la de su acto objetivamente expresa (un afecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto), no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y sólo él, coadyuva con su violenta acción*”. De esta manera, concluye, “*No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja*”.

Este discurso argumental contiene razones que responden a diferentes modelos político criminales.

Afirmar que unas agresiones son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen supone mantener que es el tipo de interacción o relación que vincula al agresor y a la víctima lo que provoca una

vulnerabilidad victimal<sup>7</sup>. En estos casos, la violencia se inserta en un contexto de dominación perfeñado por el agresor, lo que permite concluir que el hecho violento por él ejecutado presenta una especial lesividad o dañosidad que justifica una punición más severa. Ello confiere pleno sentido a la aseveración de que “(...) *los preceptos cuestionados no catalogan a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea, sino que, más bien, procede “a apreciar la especial gravedad de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen (...)*”. Por lo tanto, es el especial desvalor asignable a la violencia desplegada en una relación de dominio construida por el agresor lo que legitima una punición agravada. La reacción sancionadora es una respuesta proporcionada a la lesividad del injusto cometido por el sujeto activo<sup>8</sup>.

Sin embargo, sostener, sin ambages, que el acto violento es más grave por su consciente inserción en una estructura social en la que la mujer tiene un papel marginal conlleva, en aquellos casos en los que el modelo de convivencia del agresor y la víctima es igualitario, no existiendo, por lo tanto, un contexto de dominación, atribuir al acto unas connotaciones axiológicas desvinculadas de la específica relación entablada entre el hombre agresor y la mujer víctima. Ello supone edificar el desvalor del hecho o la reprochabilidad del autor sobre datos ajenos a su específico actuar, lo que resulta incompatible con las exigencias del principio de responsabilidad por hecho propio.

El fundamento de este tratamiento normativo es claramente actuarial: la presunción irrefutable de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o expareja femenina es manifestación de un dominio, lo que justifica una tutela penal reforzada<sup>9</sup>. Y es precisamente esta presunción de que toda violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja es una manifestación inequívoca de un contexto de dominación lo que resulta difícilmente compatible con el principio de culpabilidad, en la medida que, haciendo abstracción de las circunstancias del

<sup>7</sup> La vulnerabilidad relacional es uno de los factores victimógenos en la medida que es el tipo de interacción entablada entre el victimario y la víctima lo que favorece la victimación de esta última (RODRÍGUEZ MANZANERA, 2008: 159).

<sup>8</sup> La presencia de un contexto de dominación es inequívoco en el injusto de violencia psicofísica habitual, en el que se somete a la víctima a un trato violento, mediante actos repetitivos o frecuentes, creando en ella un estado de temor permanente (así, entre otras, SSTS 1309/2005, de 11 de noviembre, 677/2007, de 20 de julio, 962/2008, de 17 de diciembre, 755/2009, de 13 de julio, 1044/2009, de 3 de noviembre y 33/2010, de 3 de febrero).

<sup>9</sup> Es cierto, que, en determinadas infracciones, es factible igualar el tratamiento punitivo del acto violento del hombre respecto al acto violento de la mujer cuando no existe un contexto de dominación. Serían, de forma específica, los supuestos de maltrato ocasional o amenaza leve con arma u otro instrumento peligroso, en los que, acudiendo a la causa de degradación punitiva específica regulada en los artículos 153.4 y 171.6 del Código Penal, sería factible, cuando se opta por imponer la pena de prisión (único supuesto en el que la pena es más grave al fijar un límite mínimo más severo- seis meses en vez de tres-) determinar una pena de extensión temporal idéntica a la imponible al maltrato ocasional cuando el agresor es la esposa o pareja femenina. Sin embargo, ello no es posible cuando se trata de una amenaza o una coacción leve dado que, en ambos supuestos, la infracción sería delito para el hombre y falta para la mujer que integran o integraron una relación de pareja.

caso concreto, se sanciona más gravemente el acto violento del hombre por pertenecer a un sexo –el masculino- que históricamente ha discriminado al otro sexo –el femenino-.

## V. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LOS REMEDIOS PENALES ALTERNATIVOS A LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución de la pena de prisión puede responder a tres modelos legales. A saber:

\* El modelo de ejecución "en sentido estricto" de la pena de prisión, mediante su cumplimiento en un Centro Penitenciario en los términos previstos en el artículo 25.2 CE y la legislación penitenciaria.

\* El modelo de inejecución condicionada de la pena de prisión, que abarca la suspensión ordinaria (artículos 80 y 81 CP), la suspensión especial (artículo 87 CP) y la suspensión excepcional (artículo 80.4 CP).

\* El modelo de sustitución de la pena de prisión, en su modalidad ordinaria (artículo 88.1 párrafo primero CP) y excepcional (artículo 88.1 párrafo segundo CP).

La elección entre los diversos modelos debe realizarse conforme al principio de proporcionalidad. Únicamente cabrá acudir al remedio más aflictivo (modelo de ejecución penitenciaria) cuando no sea factible cumplir las finalidades preventivas asignadas a la intervención penal acudiendo al modelo de inejecución condicionada o al de sustitución (SUBIJANA, 2005: 9). Se persigue, por lo tanto, obtener, con la menor aflicción posible, el cumplimiento de tres objetivos: el interés de la víctima en ser reparada, atendida y protegida; el interés de la comunidad en abordar los factores criminógenos del condenado para que se minimice el riesgo de reincidencia, y, finalmente, el interés del condenado en rehabilitarse a través de una sanción que restrinja lo imprescindible su libertad personal y entorno vital (CID MOLINÉ, 2009: 96).

### 1. La pena privativa de libertad: suspensión de la ejecución y sustitución de la pena de prisión

#### 1.1. *La inejecución condicionada de la pena de prisión*

El modelo de inejecución condicionada está previsto, con carácter general- artículos 80 y 81 CP-, para las penas de prisión cuya duración no exceda de dos años y, con carácter especial-artículo 87 CP-, para las penas de la misma naturaleza cuya extensión temporal no exceda de cinco años. En este último caso es preciso que el delito haya sido cometido a causa de la dependencia del penado al consumo de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes, productos psicotrópicos o bebidas alcohólicas.

Este modelo pretende implementar un marco de contención del riesgo de reincidencia en aquellos casos en los que la peligrosidad criminal del penado puede ser controlada con la imposición de un sustitutivo penal que incluya un contexto rehabilitador y/o un control de la libertad de la persona condenada. Este modelo tiene un contenido complejo. Por una parte, se suspende la ejecución de la pena de prisión (de ahí que se trate de un modelo de inejecución) por plazo que oscila, según la naturaleza de la pena y el tipo de suspensión, entre un mínimo de tres meses y un máximo de cinco años (artículos 80.2 y 87.3 CP). Por otra, se impone como condición necesaria (de ahí que se trate de un modelo condicionado) que el penado no cometa un nuevo delito en el plazo de suspensión y, como condiciones, en principio facultativas, que el penado cumpla determinadas obligaciones o deberes (artículo 83.1 CP).

De forma específica, las reglas de conducta se convierten en condiciones necesarias en dos casos concretos:

\* Cuando el penado hubiera cometido el delito a causa de una dependencia tóxica o etílica y estuviera sometido a un tratamiento de deshabituación en centro público o privado debidamente acreditado u homologado. En este supuesto, será preciso que continúe el tratamiento hasta su finalización (artículo 87.4 CP).

\* Cuando la pena cuya inejecución se acuerda haya sido impuesta por un delito relacionado con la violencia de género. En este caso se impondrá, como deberes específicos, la prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos y participar en programas de formación y educación específicos (artículo 83.1.1º.2º y 5º CP).

Además, el legislador anuda al incumplimiento de las obligaciones que se acaban de referir, un efecto taxativo: la revocación de la inejecución de la pena de prisión, con correlativa ejecución de la pena privativa de libertad (artículo 84.3 y 85.1 CP).

La violencia en la relación de pareja tiene, por lo tanto, un tratamiento específico en el modelo de inejecución condicionada. Por una parte, se estima que la condena por una conducta violenta en la relación de pareja conlleva un riesgo definido de recidiva cuya contención exige, de modo ineluctable, evitar la interacción del agresor con la víctima y obligar al primero a seguir un programa rehabilitador. Por otra, se considera que cualquier comunicación del agresor con la víctima o el incumplimiento del programa formativo suponen la pervivencia de un riesgo fundado de recidiva, lo que justifica la ejecución penitenciaria de la pena.

Existe, por tanto, una presunción normativa de peligrosidad criminal en toda violencia en la relación de pareja (de ahí la imposición obligatoria de reglas de conducta y la estipulación imperativa de la revocación cuando se produce su incumplimiento), sin margen alguno para que el operador jurídico pueda adecuar la

reacción a las circunstancias de cada caso, tratamiento propio de la estrategia actuarial. Esta opción legal no tiene porque redundar en beneficio de la propia víctima que, en muchas ocasiones, quiere continuar con la relación de pareja, sin que, necesariamente, en todos los casos, haya que estimar que su voluntad está viciada por encontrarse inmersa en un contexto de dominación que priva de validez al consentimiento vertido<sup>10</sup>. Es perfectamente compatible con la protección de las víctimas un sistema legal en el que, examinando cuidadosamente cada caso (es decir, juzgando), el juez o tribunal determine las reglas de conducta imponibles y el contenido reactivo asignable a su incumplimiento. En tales casos, se trata de prevenir daños que las circunstancias del caso hacen aparecer como previsibles (FARALDO, 2008: 72), pergeñando medidas de tutela de carácter situacional –prohibición de acudir a determinados espacios o de fomentar determinadas comunicaciones- o de naturaleza terapéutica –cumpliendo determinados programas formativos-.

### 1.2. *La sustitución de la pena de prisión*

El modelo de ejecución sustitutiva tiene por objeto las penas de prisión cuya duración no exceda de dos años impuestas a un reo no habitual. En síntesis:

\* La pena que no exceda de un año podrá ser sustituida por la pena de multa o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Para ello será preciso que las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta, y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen (artículo 88.1 párrafo primero CP).

\*Cuando la pena de prisión no exceda de dos años de duración, cabrá la sustitución de la pena de prisión por la pena de multa o la pena de multa y trabajos en beneficio de la comunidad cuando, de las circunstancias del hecho y del culpable, se infiera que el cumplimiento de la pena de prisión habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social (artículo 88.1 párrafo segundo CP).

La violencia de pareja también es objeto de una regulación propia en el modelo de ejecución sustitutiva. En primer lugar, la pena de prisión sólo puede ser sustituida por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. En segundo lugar, la sustitución conllevará la imposición adicional, durante un tiempo que no exceda de la duración de la pena de prisión sustituida, de los mismos deberes de terapia y prohibición de interacción que anteriormente examinábamos cuando analizábamos la inexecución condicionada de la pena de prisión.

La primera opción trata, por una parte, de posibilitar que el penado visibilice a las víctimas mediante la ejecución de tareas de apoyo o asistencia a las mismas (artículo 49 CP) y, por otra, pretende evitar que la detracción de recursos económi-

<sup>10</sup> El principio de autodeterminación vital es una manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad garantizado por el artículo 10 CE.

cos al penado perjudique finalmente a las personas damnificadas por su ilícito proceder. Su compatibilidad con un modelo político criminal restaurativo –que persigue como fines propios la protección de las víctimas y la rehabilitación de los penados- es incuestionable dado que, asistiendo y atendiendo a las víctimas, permite la inserción social positiva de los condenados.

La segunda opción parte de la premisa de que el condenado por un acto de violencia sobre la mujer que fue o es su pareja es un sujeto peligroso que precisa imperativamente el sometimiento a un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico así como la introducción de una prohibición de interactuar con la víctima. La respuesta es estrictamente actuarial, tal y como se razonó anteriormente.

## 2. La pena privativa de derechos

La violencia en la relación de pareja conlleva, como pena de imposición obligada, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal durante el plazo máximo de diez años, si el delito fuera grave, de cinco, si el delito fuera menos grave, o seis meses, si fuera una falta (artículo 57.2 y 3 CP). Esta pena impide al penado acercarse a las personas protegidas, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas, quedando en suspenso, respecto a los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena (artículo 48.2 CP). También cabe que el juez o tribunal, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, imponga, durante los plazos reseñados anteriormente en atención a la gravedad de la infracción, la prohibición de residir en determinados lugares o la interdicción de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual (artículo 57.1 en relación con el 48.1 y 3, todos ellos del CP<sup>11</sup>).

La imposición imperativa de la pena de prohibición de acercamiento a la víctima impide una evaluación individualizada, en cada caso, de la idoneidad y la necesidad de la respuesta punitiva para proteger a la víctima. La fijación de un plazo de duración no revisable cercena, a su vez, una ponderación de las circunstancias que pudieran acaecer durante la ejecución de la pena. Ello favorece que se produzca “de facto” un decaimiento de la pena, cuando la víctima no quiere poner fin a la convi-

<sup>11</sup> El precepto establece una regla específica para el condenado que también lo fuera a pena de prisión. En este caso, el juez o tribunal acordará la imposición de las prohibiciones por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

vencia con el agresor o, habiendo cesado la misma, reanuda la convivencia durante el plazo de duración de la pena. La lógica punitiva que preside el sistema penal tiende a focalizar en una nueva criminalización la estrategia reactiva a esta situación. Para ello, las estructuras de control social formal (policía, fiscales y jueces) acuden a la figura del quebrantamiento de condena (artículo 468.1 CP), posibilitando, de esta manera, una reproducción de la intervención penal y favoreciendo, asimismo, el enquistamiento punitivo de una relación de pareja<sup>12</sup>.

## VI. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LA PRUEBA

El derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE) provoca la implantación de una regla de juicio inquebrantable: impone a la acusación la carga de la prueba de los hechos que conforman la imputación más allá de cualquier duda razonable. Para ello es preciso que exista una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito, y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (por todas, STC 26/2010, de 27 de abril y SSTS 767/2009, de 16 de julio y 854/2009, de 20 de julio).

El juicio oral es el espacio institucional donde se construyen las pruebas y, por tanto, el escenario en el que hay que buscar la información que racionalmente ponderada puede justificar la elaboración del juicio de certeza. Es posible, sin embargo, atribuir la condición de prueba a las aportaciones de conocimiento realizadas por los acusados o los testigos en el sumario. Esta posibilidad es excepcional y queda circunscrita a dos hipótesis: la existencia de contradicciones entre las declaraciones prestadas por la fuente de prueba en el sumario y las vertidas en el juicio –artículo 714 LECrim- o la imposibilidad de reproducción de la diligencia practicada en el sumario por causas independientes de la voluntad de las partes – artículo 730 LECrim-.

Además, los testigos que comparecen al juicio únicamente pueden trasladar información dotada de energía probatoria cuando ofrecen un conocimiento fundado en una razón de ciencia propia. Únicamente se admite el traslado de lo conocido por lo narrado por un tercero –el llamado testimonio de referencia- cuando es imposible acceder a la fuente de prueba directa.

<sup>12</sup> El artículo 468.2 CP sanciona, con la pena de prisión de seis meses a un año, a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 del mismo Código impuesta en un proceso criminal en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP.

La incardinación en el delito de quebrantamiento de condena de la conducta del condenado a la pena de prohibición de acercamiento y comunicación con su pareja, que, con el consentimiento válido de la víctima, convive con ella, encuentra su asidero en el acuerdo no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2008, que determina que el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468 del Código Penal. Este acuerdo ha encontrado reflejo en las SSTS 172/2009, de 24 de febrero, 349/2009, de 30 de marzo y 755/2009, de 13 de julio.

Sin embargo, cuando se trata de la violencia en la relación de pareja existen líneas jurisprudenciales<sup>13</sup> que han legitimado el uso de declaraciones sumariales o testimonios de referencia cuando el acusado ejerce el derecho constitucional a no declarar –artículo 24.2 CE-, o la afirmada víctima acude a la dispensa legal del deber de declarar –artículo 416.1º LECrim-.

El fundamento es evitar situaciones de impunidad en un tipo de criminalidad que, en atención a los deletéreos daños generados por una de las modalidades violentas –la de dominio-, denota una inequívoca peligrosidad del agresor. Sin embargo, esta ponderación, además de circunscribirse a una de las modalidades de violencia en la relación de pareja –la constituida por la violencia de dominación-, provoca un decaimiento de las exigencias jurídicas que permiten calificar un acto jurídico como prueba. Este debilitamiento del estándar de calidad probatoria es una de las señas de identidad de la estrategia actuarial, estrategia que prima la funcionalidad condenatoria sobre la eficacia garantista. Esta reflexión se asienta en las siguientes razones<sup>14</sup>:

\* La libre decisión del acusado o la víctima de abstenerse de declarar en el juicio oral, constituye el ejercicio de un derecho constitucional –en el caso del acusado- o legal –en el supuesto de la afirmada víctima- que no puede ser neutralizado mediante la valoración de la declaración sumarial. Por lo tanto, ejercido el derecho al silencio no está justificada la conversión de una diligencia sumarial –cuya eficacia jurídica es permitir la preparación del juicio oral- en un medio de prueba –cuya virtualidad es posibilitar la elaboración de un juicio de certidumbre respecto a los hechos discutidos-.

\* El artículo 714 LECrim tiene como premisa la existencia de contradicciones entre las declaraciones emitidas en el sumario y las formuladas en el juicio oral. Por lo tanto, son precisos dos relatos de la *misma* fuente de prueba, sin que el contraste pueda realizarse entre el aporte cognitivo ofrecido en un testimonio sumarial y el silencio guardado en el plenario. Y es que cuando no se declara, nada se dice en el juicio oral y, consecuentemente, ninguna contradicción se puede desprender del silencio, que nada afirma o niega respecto a lo declarado en el sumario.

\* El artículo 730 LECrim explicita que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral. Este artículo presupone la incomparecencia de la fuente de prueba que declaró en el Sumario, siendo por ello su declaración irreproducible, lo que no puede decirse que suceda cuando el acusado o la afirmada víctima ejercen en el juicio el derecho a no declarar.

<sup>13</sup> En esta línea cabe mentar, entre otras, las SSTS 203/2007, de 13 de marzo y 84/2008, de 12 de febrero.

<sup>14</sup> Recogidas en las SSTS 833/2005, de 30 de junio, 31/2009, de 27 de enero y 129/2009, de 10 de febrero.

\* El testimonio de referencia únicamente es válido cuando no es factible acudir a la prueba directa, situación definida por la jurisprudencia constitucional como imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (por todas, SSTC 219/2002, de 25 de noviembre, y 263/2005, de 24 de octubre). Por ello la califica la doctrina del TS como prueba subsidiaria, pues únicamente puede ser considerada como integrante del cuadro probatorio cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical (SSTS 129/2009, de 10 de febrero, y 167/2010, de 24 de febrero).

Estas consideraciones deben ser complementadas con la mención al carácter de prueba de la declaración en juicio de la afirmada víctima. Es un lugar común en la jurisprudencia reseñar que el testimonio de la afirmada víctima en el plenario constituye una prueba idónea para validar la hipótesis acusatoria (por todas, SSTS 568/2007, de 26 de junio, y 143/2009, de 17 de febrero). Sin embargo, esta consideración ha venido complementada con expresas indicaciones de la necesidad de ser exquisito en el cumplimiento del deber de motivar la valoración de la prueba (artículos 9.3, 24.1 y 120.3, todos ellos de la CE), expresando las razones concretas que permiten estimar suficiente la calidad incriminatoria del testimonio de la afirmada víctima<sup>15</sup>. En ningún caso será suficiente, como si de una prueba legal tasada se tratara (SSTS 1548/2005, de 30 de diciembre, y 230/2010, de 19 de marzo), verificar la concurrencia de los criterios implementados en sede jurisprudencial (credibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y corroboración periférica) para calibrar la fiabilidad de lo relatado por las afirmadas víctimas<sup>16</sup>.

Básicamente, constituyen indicadores que, de concurrir, permiten desestimar tres narraciones informativas: las inverosímiles, las que constituyen una plasmación de una voluntad estrictamente vindicativa y las que provienen de quien, sin razón

<sup>15</sup> Se ha calificado jurisprudencialmente como una situación límite de riesgo para el derecho constitucional a la presunción de inocencia la pergeñada en torno a un cuadro probatorio en el que la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito. Incluso se ha definido este riesgo de extremo si la supuesta víctima ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador, y, por ello, basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia, frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien le acusa (véase a este respecto la STS 360/2009, de 30 de abril).

<sup>16</sup> En palabras de la STS 278/2007, de 10 de abril: no es que el contenido de una testifical que supere ese triple filtro deba ser tenida como válidamente inculpatoria. Lo único que cabe sostener es que un testimonio que no lo hiciera tendría que ser desestimado a *limine* como medio de prueba; mientras que, en el caso contrario, resultará en principio atendible, y, por tanto, cabría pasar, en un segundo momento, a confrontar sus aportaciones con las de otra procedencia, para confirmar la calidad de los datos. En sintonía con este discurso la STS 519/2009, de 21 de mayo, concluye que: "(...) resulta de lo más obvio que quien hubiera presenciado una acción de posible relevancia penal goza, al menos en principio, de aptitud para testificar sobre ella. Aunque esto no suponga que lo que pudiera aportar tenga que traducirse en efectiva prueba de cargo contra el afectado; pues esa posible eficacia dependerá de la calidad del testigo y de la del testimonio, que, por eso, habrán de ser objeto de valoración explícita. El contenido del segundo, además, en el contexto del resto de la información probatoria, que pudiera contribuir a corroborarlo o a desvirtuarlo".

válida, ofrece versiones disímiles del mismo acontecimiento (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007: 90). Presentes estos indicadores el deber de motivar la sentencia en el plano factual (artículos 24.1 y 120.3, ambos CE) impone aquilatar la calidad cognitiva del testimonio, explicando las razones válidas e idóneas para justificar la decisión que se adopte respecto a su rendimiento probatorio. Lo fundamental, en todos los casos, es hilvanar un discurso argumental validado por la lógica, la información verificada y corroborada en el campo científico y las pautas consolidadas en la experiencia comunitaria (por todas, STS 1220/2009, de 4 de diciembre). En estos casos puede reputarse justificada racionalmente la ponderación probatoria (TARUFFO, 2005: 67).

## VII. LA ESTRATEGIA ACTUARIAL EN LA MEDIACIÓN PENAL

La mediación consiste en la búsqueda, con la intervención de un tercero, de una solución libremente negociada entre las partes de un conflicto nacido de una infracción penal (SAN MARTÍN, 1997: 32). El fin de la mediación es obtener una decisión conjunta que sustituya la ruptura causada por delito por la pacificación integradora mostrada por la solución. De esta forma se reestructura en clave constructiva el vínculo que el delito creó entre la víctima y el victimario (SÁNCHEZ, 2005: 150). En concreto, se produce un tránsito de la interacción disruptiva pergeñada por la infracción (la víctima simboliza lo que no se tiene y se ansía poseer y el victimario representa el enemigo al que hay que inocular) a la interacción integradora dibujada por la respuesta (el victimario, responsable del delito, repara el daño causado a la víctima y ésta reconoce al victimario el valor de haberse responsabilizado del menoscabo ocasionado). Se pretende, en definitiva, ubicar un “nosotros” donde antes había un “no a los otros”, novación cuya solidez depende de la calidad de la interacción comunicativa entre la víctima y el victimario (PETERS/AERTSEN, 1995: 133). La reacción recreadora se hilvana en torno a la reparación, que es preciso facilite la comprensión del sentido perjudicial del acto cometido (KEMELMAJER, 2003: 305), permitiendo, consecuentemente, la rehabilitación del autor de la infracción a través de su autorresponsabilización (FERREIRO, 2005: 460). De esta manera, el victimario reconoce a su víctima, evitando fenómenos de neutralización o negación de la misma, y la víctima, tras comprender lo ocurrido, elabora un discurso de integración del hecho delictivo en su devenir vital. Además, mediante la reparación, en cualquiera de sus modalidades, el autor acepta la vigencia de las normas y se reafirma la prevención general positiva (GIMÉNEZ-SALINAS, 1996: 201).

En el Derecho Penal de adultos no existe una regulación de la mediación<sup>17</sup>. El

<sup>17</sup> A pesar de lo dispuesto en el artículo 17 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal, que obliga a los Estados miembros

artículo 44.5 LOMPIVG disciplina que no cabe la mediación en los procesos tramitados ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer<sup>18</sup>. El fundamento de tal prohibición radica en la consideración de la violencia del hombre sobre la mujer en una relación de pareja como criminalidad de dominio y, consecuentemente, en la peligrosidad asignable a quien articula sus relaciones de pareja conforme a un modelo de imposición y sumisión que aboca a la violencia cuando surge la frustración.

En la criminalidad de dominio se afirma que la asimetría de poder entre el victimario y la víctima impide la construcción de un espacio de libertad –clave en toda estrategia mediadora– al fagocitar el victimario la autonomía vital de la víctima. Ello justificaría, se afirma, la prohibición normativa, contenida en el artículo 44.5 LOMPIVG.

Sin embargo, esta conclusión debiera ser matizada. En primer lugar, solo valdría para aquellas manifestaciones de la violencia de pareja que puedan ser conceptuadas como violencia de género, al constituir, tal como establece el artículo 1.1 LOMPIVG, una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. El resto de supuesto, al no existir dominio, no hay riesgo para la libertad decisoria de cada miembro de la pareja. En segundo lugar, en los casos en los que existiera un espacio de dominio, es factible que una actuación terapéutica y asistencial permita a la víctima recuperar el control de su vida, poniendo fin a la subyugación que padecía. En ese momento, la víctima, ejerciendo su autonomía vital, puede decidir, de forma libre y consciente, acudir a estrategias autocompositivas para lograr un modelo de interacción no violento, objetivo de enorme relieve cuando la víctima quiere continuar la convivencia con el victimario. En todo caso, corresponde al mediador garantizar la equidistancia funcional entre víctima y agresor (GORDILLO, 2007: 161) y al Estado, a través del sistema institucional de Justicia, preservar la igualdad. De esta manera una estructura estatal específica incardinada en el orden jurídico (el Juez, el Ministerio Fiscal) garantiza que el proceso de mediación sea respetuoso con la

(entre ellos España) a hacer efectiva, a más tardar el 22 de marzo de 2006, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para dar cumplimiento a las estipulaciones respecto a la mediación.

El artículo 10 de la norma que se acaba de referir estipula lo siguiente:

1.- Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que, según su consideración, se presten a este tipo de medida.

2.- Los Estados miembros velarán para que pueda ser tenido en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya obtenido con ocasión de la mediación en las causas penales.

Por lo tanto, dos son las decisiones a adoptar por el legislador nacional: discernir en qué infracciones penales va a impulsar la mediación y disciplinar, respecto a las mismas, en qué se traduce la toma en consideración de los acuerdos alcanzados entre víctima y victimario en el curso de un proceso de mediación.

<sup>18</sup> El Seminario sobre Mediación Penal celebrado, los días uno a tres de junio de 2005, en el Servicio de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial, obtuvo, entre otras, la siguiente conclusión: (...) resulta, al menos, sorprendente que la Ley Integral para la Protección contra la Violencia de Género, prohíba expresamente la mediación penal en las infracciones que contempla, cuando, por un lado, la experiencia comparada nos sirve para afirmar que es en este tipo de conflictos en los que la mediación puede tener un mayor efecto reparador y, en segundo lugar, porque no se puede prohibir lo que no está regulado”.

libertad y los derechos procesales básicos de los partícipes, verifica que la respuesta a la infracción penal sea idónea para cumplir los objetivos individuales y comunitarios asignados a toda reacción al delito y facilita que, finalmente, los acuerdos reparadores a los que se llegue en la mediación se hagan efectivos, en el caso de que voluntariamente no sean llevados a la práctica (FERREIRO, 490).

Para evitar que la mediación sea un espacio dúctil al dominio pudiera discutirse la conveniencia de limitar la prohibición a los casos de violencia grave (LARRAURI, 2007: 106), conceptuando como tales los casos de violencia cronificada (GORDILLO, 2007: 203). Lo que es insoslayable es la necesidad de evitar el riesgo de banalizar la violencia, reduciéndola a un conflicto de pareja (HIRIGOYEN, 2006: 162).

Lo que carece de fundamento es que se prohíba la mediación y, sin embargo, se fomente normativamente la conformidad privilegiada en el marco de estructuras de enjuiciamiento rápido (artículos 795.1.2ª.a y 801 LECrim). Este modelo normativo conduce a que toda la intervención judicial se focalice en el acto violento que ha sido objeto de denuncia (orillando toda reflexión sobre su integración en un espacio de dominio y control en el que la violencia encuentra fértil asidero). También favorece que el tratamiento jurisdiccional de la conducta agresora se ejecute en un espacio institucional transido de tal vértigo que no sea factible un ejercicio efectivo del derecho de la víctima a participar en el proceso penal<sup>19</sup>.

### VIII. REFLEXIÓN FINAL

El Derecho Penal, en la tarea de prevención de la violencia en la relación de pareja, constituye el último recurso en manos del poder público, dada la exigencia, inexcusable en un Estado social y democrático de Derecho, de ubicar al sistema punitivo en el lugar postrero a la hora de pergeñar las diversas estructuras de tutela de los proyectos vitales de los seres humanos. Su presencia, consecuentemente, se ciñe a ser el colofón de una estrategia preventiva, de contenido educativo y finalidad comunitaria, centrada en fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en el entramado social y acuñar los valores de libertad y diversidad en las relaciones personales. La colocación de la función penal del Estado en la línea de cierre del sistema institucional de tutela no cohonesta con propuestas públicas, de fértil presencia en la agenda política por su rápida acogida mediática e inmediata percepción

<sup>19</sup> En la conformidad, el acusado se aquieta con la más grave de las acusaciones, dando lugar a que, de haberse emitido el consentimiento de forma libre y consciente y de no estimar necesario el Letrado defensor la continuación del juicio, el Juez o Tribunal, si estima legalmente correcta la calificación y procedente la pena, dicte sentencia asumiendo la propuesta de las partes (básicamente, artículos 655 y 688 LECrim, para el sumario, 787.1 LECrim, para el proceso abreviado, 800.2.I, 801 y 802 LECrim, para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y 50 de la Ley Orgánica 5/1995, para el juicio ante el Tribunal del Jurado). En la generalidad de los casos es el resultado de una negociación entre operadores jurídicos (Ministerio Fiscal y Abogados), de la que habitualmente se encuentran marginados la víctima y el acusado.

ciudadana, que, desatendiendo las causas, ponen el acento en los efectos, propugnando, como una excelsa receta, una estrategia de criminalización guiada por una sincrónica hipertrofia del Estado penal y atrofia del Estado social. El Derecho Penal, en un Estado social y democrático de Derecho, no debiera constituir la tarjeta de presentación de las políticas públicas para afrontar las conductas violentas; más bien, procedería su articulación como la última receta para enervar o, cuanto menos, contener el riesgo de victimación de las personas. De esta manera, su tarea, en la función de prevención limitada de los delitos, es residual, por su localización dentro de las estrategias públicas de un Estado democrático, y esencial, por la aportación que se espera de él cuando se requiere su intervención.

Con estas premisas, el objetivo del sistema penal es ofrecer y garantizar a las víctimas de la violencia en la relación de pareja una respuesta que permita acogerlas, atenderlas, respetarlas y protegerlas. *Acoger* a las víctimas precisa escucharlas y aliviarlas en entornos humanos cálidos. La apatía, las prisas injustificadas y las técnicas burocráticas, que orillan la atención personalizada y mitifican la firma en un elenco de documentos que la víctima no está emocionalmente preparada para digerir, constituyen la antesala del hastío y el desaliento. *Atender* a las víctimas exige evaluar y diseñar las estrategias precisas para iniciar un camino que conduzca a la *desvictimización*. Ofrecer múltiples prestaciones (psicológica, jurídica, económica y social) y no abanderar una política de apoyo y refuerzo de los organismos que urden y aplican el plan de atención, favorece la creación de falsas expectativas en las víctimas, amén de abocar al desfallecimiento a las personas que, con ahínco, pretenden hacer de la asistencia victimal una de las señas de identidad del sistema público. *Respetar* a las víctimas impone comprender las vicisitudes y dificultades por las que pasa una persona, cuando la violencia ha sido un huésped inesperado en su biografía vital. Ello exige cultivar las tareas de acogida y atención, antes que censurar e incluso criminalizar su conducta. *Proteger* a las víctimas conlleva diseñar, aplicar y controlar los mecanismos idóneos para evitar que la víctima vuelva a ser victimizada, incidiendo, cuando sea necesario y con la medida que cada caso precise, en las disímiles esferas de libertad del agresor (SUBIJANA, 2006: 52). A la víctima, en definitiva, el orden jurídico debiera protegerla, conteniendo el riesgo de padecer una violencia psicofísica, ayudarla, presentándole distintas opciones, y respetarla, evitando su descalificación sea cual sea la decisión que adopte (LARRAURI, 2003: 300). Al fin y al cabo, la mejor manera de proteger es comprender (HIRIGOYEN, 2006: 137).

La LOMPIVG hilvana, de modo acertado, una estrategia transdisciplinar de la violencia en la relación de pareja en la que confluyen iniciativas criminológicas (la implantación de programas que inciden en los factores etiológicos de las manifestaciones delictivas de este fenómeno criminal), recetas victimológicas (la previsión de una actividad prestacional que persigue asistir, atender y proteger a las vícti-

mas), y medidas penales (el propósito de criminalizar de forma severa todas las manifestaciones violentas en la interacción de pareja).

Sin embargo, el tratamiento penal de la violencia en la relación de pareja sigue un modelo homogéneo e imperativo, propio de una estrategia actuarial, en el que la ejecución de un injusto criminal atrae un juicio de peligrosidad normativo que no admite prueba en contrario y cuya vigencia se mantiene inalterable durante el período de tiempo legalmente pergeñado. De ahí que:

\* Se estime más grave el acto violento del hombre sobre la mujer que el ejecutado por ésta sobre el hombre, haciendo abstracción de la existencia o no de una asimetría en la interacción que permita justificar una vulnerabilidad relacional y legitime concluir que existe una mayor lesividad en el hecho violento realizado por el varón.

\*Se presuma legalmente que el hombre que ejerce la violencia sobre su pareja femenina presenta, en todo caso, un riesgo de recidiva cuya contención exige la implantación de unas reglas de conducta que impidan determinadas interacciones con la víctima y permitan una actuación terapéutica sobre el agresor.

\* Se estipule que esta peligrosidad específica se mantiene durante el período de tiempo fijado legalmente, sin opción alguna a su reevaluación por un cambio sustancial de las circunstancias que influyeron en la prognosis criminal.

\* Se permita, cuando las víctimas ejercen el derecho a la dispensa legal de declarar en juicio, la introducción en el cuadro probatorio de testimonios pretéritos de la misma fuente de prueba en aras a evitar espacios de impunidad por la insuficiencia de la prueba.

\*Se prohíba normativamente la mediación sin una ponderación de su viabilidad como una opción pacificadora que proteja a las víctimas, repare el daño causado a las mismas y restaure el orden jurídico.

Este modelo jurídico-penal produce, básicamente, tres efectos perniciosos:

\* Cercena la necesaria ponderación individualizada de las disímiles violencias (la de dominio, la coyuntural y la recíproca), contemplando para todas ellas un idéntico tratamiento penal que, en aquellos casos en los que no existe un contexto de dominación, cabe tildar de difícilmente compatible con el principio de igualdad ante la ley penal.

\* Impide la implantación de una reacción penal en la que, en atención a cada específica situación, se articule una estrategia concreta en la que de forma diversificada converjan, según las necesidades preventivas, el contexto de custodia-contención, el contexto terapéutico, el contexto de conciliación y el contexto formativo.

\* Limita la autonomía vital de la víctima, abocándola, en algunas ocasiones, a su propia criminalización.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ALVAREZ, Francisco Javier; (2006), “El nuevo modelo de política criminal”, *Revista Jueces para la Democracia*, 57, 18-32.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; (2007), “Sobre prueba y motivación”, *Jueces para la Democracia*, 59, 80-94.
- AÑÓN, María José/MESTRE, Ruth; (2005), “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, *La nueva ley contra la violencia de género*, obra coordinada por Javier Boix y Elena Martínez, Iustel, Madrid, 31-63.
- ASÚA, Adela; (2004), “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Cuadernos penales José María Lidón*, 1, Universidad de Deusto, 201-233.
- BOLEA, Carolina; (2007), “En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-02, 1-26.
- BOLDOVA, Miguel Ángel/RUEDA, M<sup>a</sup> Ángeles; (2004), “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, *La Ley*, 6146, 1-5.
- CAMPOS, Raquel; (2005), “Tratamiento penal de la violencia de género”, *La nueva ley contra la violencia de género*, obra coordinada por Javier Boix y Elena Martínez, Iustel, Madrid, 251-274.
- CID MOLINÉ, José; (2009), *La elección del castigo*, Bosch, Barcelona.
- COLMENERO, Miguel; (2006), “La discriminación positiva en el ámbito penal”, *Manuales de Formación Continuada*, 35, Consejo General del Poder Judicial, 277-332.
- DE LA CUESTA, José Luis; (2005), “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, *Estudios de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 197-241.
- DEL ROSAL, Bernardo; (2009), “¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-08, 1-64.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; (2006), “La víctima del delito: la política criminal y el derecho penal”, *Revista Jueces para la Democracia*, 57, 33-35.
- ECHEBURÚA, Enrique/SUBIJANA, Ignacio José; (2008), “Guía de Buena Práctica Psicológica en el Tratamiento Judicial de los Niños Abusados Sexualmente”, *International Journal of Clinical and Health Psychology*, Vol.8, nº 3, 733-749.
- FARALDO, Patricia; (2008), *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARALDO, Patricia; (2008), “Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género”, *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 737-760.
- FEIJOO, Bernardo; (2007), *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus SA, Madrid.
- FERREIRO, Xulio; (2005), *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid.
- GARCIA, Fernando/ROMERO, Carmen; (2006), “Violencia y representación: introducción”, *El doble filo de la navaja: violencia y representación*, Trotta, Madrid, 11-26.

- GARCÍA, Ramón/TAMARIT, Josep M<sup>a</sup>; (2004), *La reforma de la ejecución penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GIMÉNEZ-SALINAS, Esther; (1996), “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el derecho comparado”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 10, 193-212.
- GOLEMAN, Daniel; (2006), *Inteligencia social*, Circulo de Lectores, Barcelona.
- GÓMEZ-JARA, Carlos; (2006), “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-05, 1-27.
- GORDILLO, Luis F; (2007), *La Justicia restaurativa y la Mediación Penal*, Iustel, Madrid.
- HIRIGOYEN, Marie-France; (2006), *Mujeres maltratadas*, Paidós, Barcelona.
- KEMELMAJER, Aida; (2005), “En búsqueda de la tercera vía. La llamada “justicia restaurativa” “reparativa” o “restitutiva”, *Derecho Penal I*, obra coordinada por Sergio García Ramírez, México, 271-324.
- LARRAURI, Elena; (2003), “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2<sup>a</sup> época, 271-307.
- LARRAURI, Elena; (2005), “¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, 2, Universidad de Deusto, 157-181.
- LARRAURI, Elena; (2007), *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid.
- LAURENZO, Patricia; (2005), “La violencia de género en la ley integral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 1-23.
- LÓPEZ, Juan J; (2007), “Contradicción y defensa”, *Estudios de Derecho Judicial*, 128, 123-156.
- MAQUEDA, María Luisa; (2006), “La violencia de género”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02, 1-13.
- MONTALBÁN, Inmaculada; (2005), “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Un instrumento normativo novedoso”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXII, 25-97.
- PALOMINO, José María; (2006), *Derecho Penal y nuevas tecnologías*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PAREDES, José Manuel; (2006), “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 20, 129-149.
- PETERS, Tony/AERTSEN, Ivo; (1995), “Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 8, número extraordinario, 129-146.
- PINEDA, Empar; (2006), “Un feminismo que también existe”, *El País*, 17.
- QUERALT, Joan J; (2006), “La última respuesta penal a la violencia de género”, *La Ley*, 6420, 1-9.
- RÍOS, Julián Carlos; (2006), “Las alternativas a la prisión”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIV, 261-334.

- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis; (2008), “La elección de la víctima”, *Eguzkilore-Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 22, 155-168.
- SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> Pilar; (2005), “Mediación penal y penitenciaria. Posibilidades”, *Estudios de Derecho Judicial*, 84, 143-155.
- SAN MARTÍN, Begoña; (1997), *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español)*, Departamento de Justicia, Economía y Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco, Bilbao.
- SILVA, Jesús María; (2006), *La expansión del Derecho Penal*, B de f, Montevideo-Buenos Aires.
- SUBIJANA, Ignacio José; (2001), “La violencia familiar y la función judicial”, *Actualidad Penal*, 29, 655-666.
- SUBIJANA, Ignacio José; (2005), “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-11, 1-20.
- SUBIJANA, Ignacio José; (2006), “La violencia de género: la protección de las víctimas”, *El Diario Vasco*.
- SUBIJANA, Ignacio José; (2006), *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal*, Comares, Granada.
- SUBIJANA, Ignacio José; (2009), “La violencia en la relación de pareja: la protección de las víctimas en el sistema institucional de Justicia”, *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja*, Centro Reina Sofía, nº 15, 115-135.
- TAMARIT, Josep M<sup>a</sup>; (2006), “La Victimología: cuestiones conceptuales y metodológicas”, *Manual de Victimología*, obra coordinada por Enrique Baca, Enrique Echeburúa y Josep M<sup>a</sup> Tamarit, Tirant lo Blanch, 17-50.
- TARULLO, Michele; (2005), “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial”, *Revista Jueces para la Democracia*, 52, 63-73.
- WIEVIORKA, Michel; (2006), “Ante la violencia”, *El doble filo de la navaja: violencia y representación*, Trotta.
- ZUÑIGA, Laura; (2008), “Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 10-10, 1-15.