

## VALORACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL

Lorenzo Morillas Cueva

*Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Granada*

### *SUMARIO:*

- I. *Introducción*
- II. *Ámbitos de actuación*
- III. *Evolución legislativa*
- IV. *Propuestas de carácter general*
- V. *Algunas propuestas personales de modificación del derecho penal sustantivo en relación a la violencia de género y a los malos tratos domésticos en general*
- VI. *A manera de conclusión*

### **I. Introducción**

Hablar sobre violencia de género supone situarnos ante un problema de una extraordinaria magnitud que abarca múltiples perspectivas y en consecuencia requiere de respuestas también pluridisciplinares. Su incidencia social es evidente y el esfuerzo solidario por combatirla cada vez más intenso y participativo, aunque todavía insuficiente. Pudiera parecer, precisamente por su frecuente presencia en los más variados foros de debate y mediáticos, que se trata de un fenómeno relativamente nuevo. No es así, sólo que se presenta con connotaciones distintas. Durante siglos esta clase de violencia parecía enraizada en las más profundas tradiciones del dominio masculino, sintiéndose incluso como algo asumido dentro del entorno familiar o, al menos, como de solución interna en el ámbito doméstico, generalmente con el silencio de la mujer. La violencia como

impotente manifestación de la desigualdad entre hombre y mujer es una vieja y decrepita fórmula a la que han recurrido y todavía recurren determinados varones para mantenerse en unos privilegios absolutamente rechazables a los que difícilmente podrían acceder de otra manera, como no sea a través de ciertos componentes religiosos que sobre un más que dudoso fundamento de tradiciones y reglas claramente conculcadoras de los más esenciales derechos humanos pretenden reducir a la mujer a un mero objeto al servicio del hombre.

Ni situación nueva ni tampoco exclusiva de un determinado país, aunque modulable en intensidad y respuestas según el plano cultural donde se produzca. Demoledor es el análisis que Heise hace sobre la violencia de género a lo largo de la vida de una mujer, sobre todo en las zonas donde el conflicto está más radicalizado<sup>1</sup>: a) prenatal: aborto para seleccionar el feto en función del sexo; malos tratos durante el embarazo, embarazo forzado. b) primera infancia: infanticidio femenino; malos tratos emocionales y físicos; menos acceso a los alimentos y a la atención médica. c) infancia: mutilación genital, incesto y abuso sexual; menos grado de acceso a los alimentos, a la atención médica y a la educación; prostitución infantil. d) adolescencia: violencia en el noviazgo; relaciones sexuales bajo coacción económica; abuso sexual en el trabajo, acoso sexual; prostitución forzada. e) etapa de procreación: malos tratos infringidos a las mujeres por sus compañeros; violación en el matrimonio; malos tratos y asesinato perpetrado por el compañero, malos tratos psicológicos; abuso sexual en el lugar de trabajo; acoso sexual, violación. f) ancianidad: malos tratos sobre viudas; malos tratos a ancianos, que afectan mayormente a mujeres mayores<sup>2</sup>.

No menos intensa es la denuncia que apoyada en severas estadísticas mundiales sobre la violencia de género han protagonizado mujeres procedentes de los cinco continentes reunidas recientemente en Porto Alegre (Brasil) en el marco del II Foro Mundial. Resaltemos a continuación algunos de los datos más espeluznantemente representativos de esta lacra social: entre un 20 y un 50 % de las mujeres del mundo son víctimas en diversos grados de violencia conyugal; en el mundo entero, se evalúa en 5.000 el número de mujeres y niñas que son objeto cada año de "crímenes de honor"; UNICEF apunta que una mujer de cada diez es víctima de una violación a lo largo de su vida; el número de mujeres que han sido sometidas a ablación se estima actualmente en 130 millones, y cada año se suma a esta cifra otros dos millones, a un ritmo de 6.000 al día, lo que supone

<sup>1</sup> Se ha de distinguir entre etapas de la vida de una mujer y tipo de violencia correspondiente a esa etapa en concreto.

<sup>2</sup> *Id.* Heise, L. *Violence Against Women: The Hidden Health Burden*. World Bank Discussion Paper. Washington, 1994.

que hay una niña que sufre la ablación del clítoris cada cuatro o cinco minutos; se estima que actualmente en la industria del sexo trabajan unos nueve millones de mujeres, aunque otros datos amplían a cuarenta millones; según diversas evaluaciones, unos cuatro millones de mujeres y niñas son compradas y vendidas en el mundo cada año a futuros esposos, proxenetas o comerciantes de esclavas; sólo en la región del sudoeste asiático, cerca de setenta millones de mujeres y de niñas han sido víctimas del tráfico sexual en los últimos diez años; en la India, una media de cinco mujeres al día son quemadas por motivos relativos a su dote, aunque se considera que el número es mucho mayor ya que son numerosos los casos que nunca se conocen; investigaciones realizadas en los quince Estados miembros de la Unión Europea en el año 2000 revelan que el 2 % de las trabajadoras (un total de tres millones) han sido objeto de acoso sexual en el trabajo y que el 9 % de las trabajadoras del sexo han sido objeto de intimidación y de acoso moral.

Frente a este sombrío panorama a nivel mundial parece que en nuestro entorno cultural el problema se afronta desde perspectivas distintas y más comprometidas con los parámetros de igualdad, solidaridad y respeto. Acaso con excesiva lentitud, las formas, las maneras y las respuestas están cambiando, y cada vez más, afortunadamente, existe una mayor sensibilidad social sobre la violencia de género que deriva en exigencias ciudadanas a los poderes públicos de actuaciones concretas y comprometidas. Sin embargo, la gravedad de la situación se mantiene. Sólo basta ojear estadísticas al respecto para comprobar -a pesar de la dudosa fiabilidad de muchas de ellas provocada por el distanciamiento entre el número de denuncias presentadas y la verdadera realidad y frecuencia del fenómeno que han llevado a reducir las estimaciones aproximativas- la magnitud de la situación.

En atención a las denuncias por malos tratos realizados sobre mujeres por sus maridos o compañeros sentimentales los resultados muestran una clara progresión en los últimos años: 1997=17.587; 1998=19.622; 1999=21.782; 2000=22.374; 2001=24.158. Destacable es la distribución entre delitos y faltas: en el año 2000 las presentadas como delitos fueron 6.275, como faltas, 16.099; en el año 2001, la proporción fue de 5.983 delitos y 18.175 faltas. Por Comunidades Autónomas destacan, sobre datos del año 2001, las de Andalucía con 5.143 casos, 997 delitos y 4.146 faltas -sobre población aproximada de 3.712.437 mujeres-, Madrid con 4.506, 709 delitos y 3.797 faltas -sobre 2.673.227 de mujeres-, Canarias con 1.988, 445 delitos y 1.543 faltas -sobre

840.982 mujeres- o Murcia, con 1.384, 410 delitos y 974 faltas –sobre 571.240 de habitantes mujeres-<sup>3</sup>.

Semejantes cifras ponen de manifiesto las dificultades ya comentadas de situar exactamente la constatación formal del problema con su realidad material. Según la estimación de diversas Asociaciones implicadas en la lucha contra la violencia de género se calcula que sólo del 5 al 10 % de los malos tratos producidos son denunciados como tales. Las motivaciones pueden ser múltiples: situación de dependencia de la mujer con respecto al marido y a la propia estructura familiar, temor a la burocracia administrativa y judicial, dificultad de probar dichas conductas realizadas dentro del domicilio conyugal, registro de muchas de estas infracciones como lesiones o como cualquier otro delito generalista producido, con omisión de la específica actuación violenta de género. Por otro lado, y como se ha visto anteriormente, la mayoría de los supuestos se desvían hacia las faltas. En este sentido, la Asociación de Mujeres Juristas Themis ha realizado un estudio sobre violencia familiar en el que se pone de manifiesto que más del 50 % de los procedimientos que se han seguido como juicios de faltas deberían haberse instruido por delito de malos tratos habituales<sup>4</sup>.

Igualmente impactantes, con su mayor gravedad por el resultado final, son las cifras de personas que han muerto a manos de su cónyuge o pareja. Según el Ministerio del Interior estos son los datos: 1997=33; 1998=35; 1999=42; 2000=50; 2001=45. Las diferencias por sexo se muestran bien evidentes: por ejemplo en los dos últimos años citados son, en el 2000, 43 mujeres y 7 hombres; en el 2001, 38 mujeres y 3 hombres<sup>5</sup>.

El Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999 también presenta interesantes datos para valorar la actuación de pasado y de futuro de la reacción penal sobre este tema. Así sobre sexo de las víctimas y de los agresores indica que en las primeras el 88'6 % son mujeres y el 11'4 hombres; en los segundos, el 91'4 % son hombres y un 8'6 % son mujeres. En relación a la edad el tramo que mayor

<sup>3</sup> Datos distribuidos por el Ministerio del Interior, en los que no se incluyen los del País Vasco, Girona y Lleida, por carecer de ellos el citado Ministerio. Los datos de población corresponden a la Revisión del Padrón de 1999 facilitados por el Instituto Nacional de Estadística.

<sup>4</sup> Themis Asociación de Mujeres Juristas. Réplica al informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la problemática derivada de la violencia doméstica. 2001.

<sup>5</sup> Las cifras presentadas por el Ministerio del Interior no incluyen datos del País Vasco, Girona y Lleida. Existe una cierta desigualdad con otros datos ofrecidos por Asociaciones no Gubernamentales. Así para la Asociación de Mujeres Separadas los datos son: 1997=79, 1998=66, 1999=68, 2000=65, 2001=59.

proporción de víctimas presenta es el que oscila entre los 30 y 40 años con un 35 %, seguido del de entre 20 y 30 años con un 22 % ; en los agresores, el de mayor intensidad es el comprendido entre los 30 y 40 años con un 36'9 %, seguido del de entre 40 y 50 años con un 26'9 %. En el parentesco entre la víctima y el agresor destaca a mucha diferencia de los otros los malos tratos entre cónyuges o excónyuges –57'4 %- junto con los entre parejas de hecho o exparejas –19% -, que suman en total el 76 %. A bastante distancia los malos tratos sobre hijos –7 %- o sobre ascendientes –6 %-<sup>6</sup>.

A pesar de las cifras transcritas, todavía preocupantes, se constata, como anteriormente he manifestado, un cierto esfuerzo social para afrontar y coordinar con garantías las respuestas a semejantes actitudes violentas. Esfuerzo que ha de profundizar en acciones conjuntas de los agentes e instituciones implicados no solamente en el ámbito jurídico sino también, y sobre todo, en un plano social, político y educativo para cortar de raíz las anquilosadas y tradicionales causas que cuan cáncer de difícil extirpación permanecen en nuestra sociedad, provocando una injustificada situación de violencia que mancilla no solamente a la mujer sino, asimismo, a la propia dignidad del varón como ser humano y como miembro de un Estado social y democrático de Derecho que ha de tener por bandera los principios de igualdad y de respeto a los demás.

En este último sentido han surgido en los últimos años importantes y loables iniciativas tanto a nivel internacional como interno para combatir este esperpento social. Naciones Unidas y la Unión Europea son dos buenos ejemplos de ello, en relación al primero. En clave interna son muchos los países que están inmersos en semejante proceso; así, por ejemplo: Italia, Alemania, Argentina, Chile, etc.

España no ha quedado atrás y son bastantes las Instituciones y personas que se han definido al respecto: el legislador en general, y el penal en particular, han elaborado continuas reformas; muchos son los especialistas que han dedicado libros y artículos al tema; notables informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado han sido presentados; diversos planes integrales contra la violencia doméstica han comprometido al Gobierno; diferentes actuaciones han desarrollado las Comunidades Autónomas, esencialmente la puesta en marcha de los Servicios de Atención a la Víctimas. Estas y otras actuaciones consolidan una posición pero no logran, al menos hasta el momento, eliminar el problema.

<sup>6</sup> Informe de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento jurisdiccional de los malos tratos familiares en el año 1999. Madrid, 2000, págs 33 y ss.

Precisa ha sido la valoración de nuestro más Alto Tribunal Penal que en varias ocasiones ha matizado que “el delito que comentamos –violencia doméstica- debe de ser abordado como un problema social de primera magnitud y no solo 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 de estar complementada con políticas de prevención, de ayudas a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios”. Ciertamente la respuesta penal se presenta en sí misma como parcial. El Derecho penal no es ni será en este sentido autosuficiente. Necesita caminar con un conjunto complementario de medidas de carácter social y jurídico, propiciadas, estas últimas, por otros sectores del Ordenamiento jurídico. Además el principio de intervención mínima al que se ve, en todos los casos, subordinado implica una cautelosa utilización del derecho más represivo.

## II. Ámbitos de actuación

El enfoque anteriormente defendido conduce a una clara exigencia de coordinación entre las diferentes hipótesis de trabajo. Mucho se ha debatido, en esta línea, sobre la necesidad de una Ley integral contra la violencia de género, que contendría la regulación de todos los aspectos de semejante forma de violencia. Aunque la idea es inicialmente atractiva, presenta determinados puntos débiles que hacen su aceptación bastante complicada. El penalista generalmente desde perspectivas progresistas ha rechazado cualquier hipótesis de ley penal especial, acaso por su negativa utilización histórica en tiempos no democráticos. El Código penal tiene que ser suficiente para conseguir las finalidades previstas. Abrir nuevamente estas hipótesis puede llevar a una desmesurada utilización de una técnica que en sí misma no parece de recibo. Coordinación y acciones unitarias son absolutamente necesarias; integración de normas de muy diferente sentido y fundamento en una estructura común es cuanto menos discutible, precisamente, al margen de otros datos, para la propia efectividad de los resultados a conseguir.

Dicho lo anterior parece adecuado instrumentalizar las respuestas en Planes Integrales contra la violencia de género<sup>7</sup>. Generalmente estos pretenden

<sup>7</sup> La concreción del término violencia de género frente al utilizado de violencia doméstica tiene un sentido clarificador. Aunque los Planes presentados hasta el momento aluden a esta última, parecería, al menos a mí así me lo parece, como más conveniente diferenciar los planes de actuación en atención a las víctimas especialmente vulnerables a los que van dirigidos, para evitar solapamientos e innecesarios olvidos.

conseguir cuatro objetivos principales: a) fomentar una educación basada en los valores de diálogo, respeto y tolerancia, para evitar que las futuras generaciones reproduzcan los esquemas de comportamiento violento que se originan en la existencia de estereotipos sobre géneros y sensibilizar a la sociedad para que adopte una actitud de rechazo y compromiso para su erradicación; b) mejorar la legislación y el procedimiento legal, para conseguir una mayor eficacia en los procesos, con una mejor protección de la víctima y una penalización más contundente del comportamiento de los agresores; c) completar el mapa de recursos sociales en todo el territorio nacional, con el fin de que todas las mujeres víctimas, independientemente de donde vivan, dispongan de servicios de atención; d) potenciar la coordinación entre las actuaciones de los diferentes organismos y de las organizaciones sociales que trabajan en la prevención y eliminación de violencia doméstica, así como la asistencia a las víctimas<sup>8</sup>. Conceptos claves que orientan semejantes previsiones son: educación, legislación, recursos, asistencia víctimas, coordinación. Ello conlleva la necesidad de actuaciones que se ramifican en varios tipos de medidas. Es obvio que para este estudio las medidas a atender son las legislativas y procedimentales, que a su vez pueden subdividirse en medidas de carácter instrumental-procedimental y de alcance sustantivo.

Ambas con frecuencia utilizadas desde las más diversas perspectivas del derecho, se sustentan en valores y principios constitucionales que se han de presentar como firmes baluartes para fundamentar las actuaciones más procedentes contra la violencia doméstica en general y contra la de género en particular: dignidad de la persona y derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10), igualdad ante la ley sin discriminación alguna por razón de sexo (artículo 14), derecho a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15), derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (artículo 27), derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (artículo 32), protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39).

### **III. Evolución legislativa**

Antes de analizar las más recientes reformas legislativas sobre estas cuestiones, procede adelantar una imprescindible distinción que sin duda, aunque

<sup>8</sup> *Vid.*, II Plan Integral contra la violencia doméstica 2001-2004. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

referida esencialmente al Derecho penal, servirá no sólo para situar mejor el tema sino también para aclarar contenidos e incluso posiciones al respecto. Se trata de diferenciar las respuestas contenidas de manera general en los textos jurídicos de las específicas relacionadas con la violencia de género. Quiero decir que, con respecto a las primeras, y en el ámbito punitivo, serán de aplicación sin especiales dificultades los tipos sustantivos correspondientes. Así: homicidio – cuando se produzca el resultado muerte, según los artículos 138, 142 o 621 para las faltas-, asesinato –cuando la privación de la vida se realice con alguna de las circunstancias descritas por el artículo 140-, aborto sin consentimiento de la mujer –artículo 144-, lesiones -artículos 147 y siguientes, con excepción del 153, y las faltas correspondientes de los artículos 617 y 621-, detenciones ilegales y secuestro –artículos 163 a 166-, amenazas y coacciones –artículos 169 a 172- torturas y otros delitos contra la integridad moral –artículos 173 a 177-, agresiones y abusos sexuales –artículos 178 a 183-, allanamiento de morada – artículo 202-, etc. Las segundas se refieren específicamente a la violencia doméstica en concreto, redactadas en el artículo 153 como delito y en el 617 párrafo segundo como falta; y a las que les voy a dedicar especial atención. La relación entre ambas hipótesis la determina con claridad no exenta de objeciones, como más adelante se verá, el citado artículo 153 cuando al establecer la pena concreta para la infracción descrita añade “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” . Esta formulación de concurso de delitos señala la compatibilidad punitiva entre los contenidos de las prescripciones específicas y los resultados que se pudieran producir ubicados en normas de carácter general, cuya concurrencia será conjunta.

El origen más directo del que ahora es el tipo referencial de esta clase de conductas, es decir del artículo 153, cabe situarlo en la reforma que llevó a cabo la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal del artículo 425 del Texto Refundido de 1973. El texto quedó: “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 los 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” –privación de libertad de un mes y un día a seis meses-. La doctrina mayoritaria estimó semejante precepto como acción diferenciada de las lesiones en sentido estricto, configurándose como el ejercicio reiterado de las conductas referidas en la

entonces existente falta de maltrato tipificada en el artículo 583- 2º<sup>9</sup>, que queda sin contenido después de la reforma citada para pasar con descripción diferenciada al artículo 582.

El Código penal de 1995 mantiene en el reiteradamente citado artículo 153 parecida figura delictiva, dentro igualmente del Título dedicado a las lesiones. Se trató de lo que podemos denominar un mero retoque sustantivo del mencionado precepto que en poco incide en la violencia de género, como no sea en la expresa mención a las hipótesis concursales con el resultado que se pudiera causar o en el aumento de pena que pasa del arresto mayor anterior a la de prisión de seis meses a tres años<sup>10</sup>.

La respuesta del nuevo Texto punitivo no fue excesivamente adecuada para una cuestión que cada vez demandaba actuaciones más rotundas y convincentes. De esta forma y sobre las formulaciones del I Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998 se plantea entre sus medidas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”<sup>11</sup>. El citado Plan, reiteradamente criticado desde diversos sectores por incompleto, surgió con la pretensión de dar respuesta a la situación de violencia “que sufren muchas mujeres y a la demanda social provocada por esta violencia. Recoge, por tanto, los objetivos y medidas que en el ámbito de sus competencias considera necesarios poner en marcha para erradicar la violencia doméstica y posibilitar los recursos sociales suficientes que contribuyan a paliar las consecuencias ocasionadas en las mujeres víctimas por esos actos de violencia”. Sobre semejantes perspectivas orienta las citadas reformas.

Reflejo de lo anterior son dos importantes leyes: la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal y la ya citada Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio. La primera afecta fundamentalmente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales e incidentalmente a la

<sup>9</sup> *Vid.*, en este sentido: Olmedo Cardenete, Miguel. El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial. Barcelona 2001, pág. 18.

<sup>10</sup> El nuevo precepto mantiene la característica nuclear del tipo constituida por la habitualidad y la de la especial relación que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo –la de ser cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad-. Además amplía la violencia a la ejercida contra los hijos por padres privados de la patria potestad, a la ejercida sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre los ascendientes.

<sup>11</sup> *Vid.*, Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

materia que tratamos; la segunda entra de lleno en esta última. En cualquier caso, como bien dice Olmedo Cardenete, con la elaboración en tampoco tiempo de dos leyes de tan semejante contenido “nuestro legislador hace gala con ello de una defectuosísima y descoordinada técnica legislativa puesto que por motivos de economía en la elaboración de las normas podía haber enmendado la redacción de los preceptos de la Ley de 9 de junio en la de 30 de abril, si hubiera sido consciente del alcance integral de la reforma en materia de malos tratos”<sup>12</sup>.

La, en todo caso, interesante reforma se centra, en el ámbito sustantivo, fundamentalmente en tres bloques. Uno, de carácter general, que incide en esencia en la inclusión como pena accesoria o como 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 que afecta a los artículos 33, apartado 2 letra g; 33, apartado 3, letra f; 33, apartado 4, letra b) bis; 39, letra f); 48; 57; 83, apartado 1 subapartado 1º bis; 105 apartado 1, letra g; 132, apartado 1. Otro, que afecta directamente a los contenidos del artículo 153 en varias perspectivas: a) ampliación de la situación de convivencia derivada del matrimonio o de análoga relación de afectividad a la de aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la situación de convivencia descrita por el tipo cuando se produce la agresión; b) inclusión de la violencia psíquica como conducta típica alternativa a la física; c) coherente modificación de la redacción que se da a la cláusula concursal, con extensión a las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica; d) regulación de criterios orientadores para la concreción de la habitualidad de la conducta, punto referencial esencial para su delimitación, “se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”. Y un tercero, que se dirige a las faltas, en concreto al apartado 2 del artículo 617 – añade en relación a la pena de arresto fin de semana o de multa “teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar”- y al artículo 620 en el que se modifica el hasta ese momento párrafo final y se añade uno nuevo, a manera de tipo cualificado en el que se incorpora la pena de arresto de dos a cuatro fines de semana como alternativa a la existente de multa para cuando el ofendido sea

<sup>12</sup> Olmedo Cardenete, Miguel. *El delito...cit.*, pág. 21.

alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, así como la previsión de la repercusión económica, y se suprime la exigencia de la denuncia, excepto para la persecución de las injurias.

También de interés son las modificaciones que esta Ley 14/1999, de 9 de junio, hace a la Ley de Enjuiciamiento Criminal tanto por sí misma como por su relación con las narradas para el Código penal. En síntesis las incidencias principales se producen con el objetivo de facilitar la inmediata protección de las víctimas de los delitos mencionados en el artículo 57 del Código penal, mediante la creación de nuevas medidas cautelares que permiten la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, de aproximarse o comunicarse (nuevos artículo 544 bis de la Ley), y que pueden adoptarse entre las primeras diligencias (artículo 13); asimismo se rectifica el artículo 104 para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, se elimina la residual e inconcebible referencia a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos, se revisa la redacción del artículo 103 para coordinarlo en su contenido con las previsiones del Código punitivo, y se introduce cobertura legal para evitar, en la medida de lo posible, la confrontación visual entre víctimas o testigos menores de edad y los procesados (artículos 707, 713).

Semejantes reformas nos conducen a la situación legal actual que aunque mejorable presenta indudables avances fruto, la gran mayoría de ellos, de las innovaciones contenidas, y anteriormente analizadas, en la Ley 14/1999, de 9 de junio, que vino a completar y mejorar lo dispuesto en la redacción original del Código de 1995. Las señaladas incorporaciones de la prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares o comunicarse con ellos, de la violencia psíquica, de los sujetos que hayan estado casados o en convivencia *more uxorio*, de las premisas básicas de la habitualidad, de las faltas específicamente cualificadas, o de las medidas cautelares como primera diligencia en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son loables realidades de una acción, la lucha contra este tipo de criminalidad y su prevención, inacabada a la que necesariamente hay que seguir prestando relevante atención.

#### **IV. Propuestas de carácter general**

Como casi siempre, la realidad ha ido más allá que las previsiones legales. Y aquélla nos dice que el problema sigue vigente, que las medidas adoptadas hasta el momento no han logrado, ni al menos parcialmente, eliminar tan dramática y triste situación. Por ello se sigue profundizando en las hipótesis reformadoras: el Gobierno con un II Plan Integral contra la violencia doméstica; otras institucio-

nes presentando concienzudas propuestas de reforma; los estudiosos intentando dar luz donde hay sobradas tinieblas.

En este sentido una de las primeras voces que de manera organizada se dejó sentir fue la de los Fiscales. En el ya citado informe de 1999 de la Fiscalía General sobre malos tratos familiares se sugieren una serie de reformas desde tres ámbitos: el sustantivo penal, el procesal y el extrapenal. Del primero, especial objeto de nuestra atención, destacan las siguientes propuestas: a) ampliar el círculo de los sujetos incluyendo en el artículo 153 toda conducta que implique ejercicio habitual de la violencia física o psíquica sobre descendientes - y no sólo hijos- del sujeto activo o de su cónyuge o conviviente, sobre ascendientes también del cónyuge o conviviente, y sobre hermanos e hijos de hermanos, siempre que estas personas formen un núcleo de convivencia familiar; b) delimitación del concepto de violencia psíquica como elemento objetivo del tipo; c) modificación del régimen punitivo con propuestas como, a') cambiar la pena alternativa a la de arresto fin de semana, es decir la de multa, en los artículos 617 y 620 cuando la persona ofendida por la falta sea alguna de las previstas en el artículo 153, por la de trabajos en beneficio de la comunidad, b') incorporar al artículo 153 como pena de imposición facultativa, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, c') modificar el régimen de suspensión condicional, subordinando ésta para los casos del artículo 153 a la imposición obligatoria y no meramente facultativa de alguna de las reglas de conducta del artículo 83.1, d') introducir en el artículo 88 del Código penal una previsión específica para el caso de sustitución de penas de prisión o de arrestos de fines de semana impuestas por la comisión de estas infracciones, obligando en estos casos al Juez que acuerde la sustitución a la imposición de alguna de las reglas de conducta del artículo 83.1, e') predeterminar las consecuencias del incumplimiento de las reglas de conducta en los casos de sustitución. Del segundo, la incorporación en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de una previsión específica de cautelas en los supuestos de faltas de los artículos 617 y 620 del Código penal; el sometimiento al principio de petición de parte acusadora y la necesaria y previa convocatoria de audiencia en los términos del artículo 504 bis 2, para al menos las prohibiciones de residencia, y las de acudir a determinados lugares adoptadas como medida cautelar en un proceso penal en los términos del citado artículo 544 bis; exclusiva instrucción de estas infracciones por un sólo y mismo Juzgado de Instrucción. Del tercero, tantear formas nuevas de asistencia económica a la

víctima; creación en cada sede de las Fiscalías de Servicios de Violencia doméstica y la llevanza de registros con adaptación a las nuevas tecnologías<sup>13</sup>.

Por su parte, en el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica se concretan las siguientes propuestas de reforma: a) creación de un Registro de medidas contra la violencia doméstica; b) control de cumplimiento de las medidas contra dicha violencia, que podría contar con adecuada cobertura legal en el artículo 105 del Código penal; c) consideración como delito de los hechos constitutivos de violencia doméstica y reenvío de las actuales faltas a la jurisdicción civil; d) posibilidad de adoptar judicialmente las medidas precautorias que en cada caso sean precisas; e) ampliación del ámbito subjetivo del artículo 153, en la línea de ampliar el ámbito de los sujetos pasivos a todos los posibles integrantes de un núcleo de convivencia familiar y de extender el tipo penal para defender a sujetos que presentan idénticas necesidades de protección; f) obligación de ordenar la comparecencia de los afectados y resolver cautelarmente en el Juzgado de Guardia; g) mecanismos de coordinación de las jurisdicciones civil y penal; h) aprobación de un segundo plan contra la violencia doméstica<sup>14</sup>.

Junto a estas sugerencias se han planteado otras muchas de la mano de destacados colectivos, que pretenden mejorar el sistema actual, aunque, en ocasiones las propuestas son encontradas. Algunas de ellas pueden resumirse así: creación de una Fiscalía especial contra la violencia de género; dar con todas las garantías a las víctimas apoyo profesional, legal y psicológico; aumentar las penas previstas para estos delitos –otros sectores propugnan el no aumento, pero con cumplimiento estricto de las previsiones del Código penal-; transformar las faltas relacionadas con la violencia doméstica en delitos –otros optan por su exclusión del ámbito punitivo-, garantizar la seguridad de las mujeres que denuncian; programar más recursos para educación y prevención; ejercer la acción popular mediante personación de las Instituciones en los casos en que se

<sup>13</sup> *Vid.*, Informe de la Fiscalía General cit., págs. 48-73.

<sup>14</sup> *Vid.*, la contestación crítica que la Asociación de Mujeres Juristas Themis hace a este informe. Esencialmente valoran negativamente las propuestas de desaparición de las faltas de malos tratos del Código penal y su remisión a la vía civil; la realidad de la aplicación concreta de las medidas cautelares; la práctica judicial de condicionar el cumplimiento de las medidas de alejamiento (cautelares o dictadas en sentencia) a las medidas adoptadas en procedimientos civiles de familia; la forma en que se trata la supresión del régimen de visitas entre el maltratador y los/as hijos/as salvo que aquél demuestre que la comunicación es buena para los menores; el tratamiento de los agresores; la potenciación de la mediación en los supuestos de la escasa gravedad de la agresión; la propuesta de formación especializada de los integrantes de la judicatura y de la fiscalía. Themis Asociación de Mujeres Juristas. Replica...cit.

haya producido violencia con resultado lesiones o muerte; publicar lista de maltratadores –esta hipótesis ha sido fuertemente contestada por diversos sectores-; nombramiento de un Delegado especial del Gobierno para este tipo de violencia; promulgación de una Ley integral contra la violencia de género –cuestión ésta ya comentada con anterioridad en este artículo-.

Sobre éste encontrado ramillete de respuestas y pretendidas soluciones se presenta el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001-2004 que pretende continuar los logros conseguidos por el primero y presumo que subsanar las carencias de aquél. Se articula en cuatro grandes áreas: a) medidas preventivas y de sensibilización que incluye actuaciones tendentes a la sensibilización, a la formación y a la coordinación; b) medidas asistenciales y de intervención social, destinadas a la creación de recursos para dar respuestas a las necesidades de las víctimas; c) investigación, medidas encaminadas a la obtención de datos fiables y completos sobre violencia doméstica; d) medidas legislativas y procedimentales, que intentan perfeccionar la cobertura legal a toda la problemática específica del tema de la violencia doméstica<sup>15</sup>.

En este último sentido, el Plan acoge la mayoría de las propuestas previstas por la Fiscalía General y por el Consejo del Poder Judicial. Así, en el ámbito sustantivo: inclusión de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de la multa para los artículos 617 y 620; incorporación al artículo 153 de la pena de inhabilitación especial en los términos ya descritos; modificación del artículo 83; introducción en el artículo 88 relativo a la sustitución de la imposición de alguna de las reglas de conducta del artículo 83.1º; regulación de las consecuencias del incumplimiento por parte del imputado de las reglas de conducta impuestas por suspensión y sustitución de la pena prevista en los apartados anteriores; inclusión como pena conjunta del delito y falta recogidas en

<sup>15</sup> La sola presentación del borrador del mencionado II Plan Integral ha provocado fuertes críticas. Especialmente intensas son las del PSOE, primer partido de la oposición. Lo califica de inconsistente, de no ser un Plan Integral sino una serie de medidas sueltas que solo contienen, en la mayoría de los casos, únicamente la intencionalidad o el impulso de algo, de ser repetitivo en relación con el anterior, de transmitir la falta de iniciativas y propuestas nuevas, de confundir prevención con publicidad, de no avanzar en las medidas legislativas mas allá de “analizar”, “impulsar”, instar, etc. Como alternativa señala que los Planes Integrales deben producirse como desarrollo de la Ley Integral, y deben de contemplar: un compromiso de Gobierno que implique a todos los Ministerios y garanticen la coordinación entre todas las administraciones; medidas concretas, medibles y evaluables, y el compromiso de su realización; intervención en todas las áreas que contempla la Ley; presupuesto suficiente para cubrir las necesidades actuales, aprobado como tal en los Presupuestos Generales del Estado; un sistema adecuado de seguimiento y evaluación. Además propone el hablar de intervención contra la violencia de género y actuar también contra las agresiones sexuales y el acoso. *Vid.*, Primera valoración del borrador del II Plan Integral contra la Violencia Doméstica. Boletines PSOE.

el Código penal, de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas. La identidad es muy parecida en el orden procedimental.

Penalmente me parece muy parca la propuesta. Coincido con la mayoría de las acciones que en este campo se presentan, que por otro lado son las más aceptadas y coincidentes en la doctrina -se han obviado las más conflictivas de las señaladas líneas arriba, por ejemplo la concreción del concepto de violencia psíquica o el reenvío de las vigentes faltas a la jurisdicción civil- pero son insuficientes. La regulación penal actual merece una mayor atención reformadora para de dicho modo mejorar los contenidos de las normas dedicadas a esta plaga social y para intentar conseguir mejores niveles de eficacia en la prevención y represión de la violencia de género y de la violencia doméstica en general.

#### **V. Algunas propuestas personales de modificación del derecho penal sustantivo en relación a la violencia de género y a los malos tratos domésticos en general**

Además de lo señalado con anterioridad, procede de manera específica y personal hacer algunas propuestas de modificación del derecho penal sustantivo que orienta la regulación de esta cuestión en nuestro Texto punitivo. Afectan a : cambio de ubicación del tipo regulado en el actual artículo 153 y consecuente concreción del bien jurídico protegido; ampliación de los sujetos pasivos protegidos por dicho tipo, que abarque todas las hipótesis previsibles de convivencia familiar o similares; introducción de una nueva modalidad comisiva; modificación de la penalidad con la incorporación de las penas privativas de derechos a la tenencia y porte de armas y de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento; inclusión para los supuestos menos graves de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad; transformación de los supuestos más graves de la falta del artículo 617, referidos a la violencia doméstica, en hechos constitutivos de delito con una penalidad disminuida con relación al núcleo base del artículo 153, en razón a que la respuesta penal ha de ser proporcionada a la magnitud del hecho que se regula.

La primera de las opciones se concreta en un cambio de ubicación sistemática de los contenidos del actual artículo 153. Se propone su traslado dentro del Título VII, del Libro segundo –“De la tortura y otros delitos contra la integridad moral”- Las razones que abonan este planteamiento son: a) el ya tradicional acomodo del artículo 153 en las lesiones, no responde al verdadero enfoque del bien jurídico protegido y presenta notorias disfuncionalidades, entre la que destaca la propia cláusula concursal que admite la compatibilidad de la sanción del mencionado delito del artículo 153 con las distintas y concretas agresiones,

por lo que difícilmente puede seguir manteniéndose como bien jurídico protegido la salud, física o síquica, de la víctima sin vulnerar el principio *non bis in idem*<sup>16</sup>; b) sobre parecidas argumentaciones un amplio sector de la doctrina se inclina por fijar el objeto de tutela en la dignidad de la persona, materializándose en el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes en línea con el artículo 15 de la Constitución<sup>17</sup>; c) la propia jurisprudencia esgrime poderosas claves en este sentido, como hace la sentencia de 24 de junio de 2000 que tras afirmar que “el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión”, considera que “es preciso abordar dicho delito desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad –artículo 10-, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes –artículo 15- y en el derecho a la seguridad, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y de la infancia (...)”; d) efectos psicológicos que la violencia habitual produce -temor, ansiedad, fatiga, alteraciones del sueño, etc- y que se aproximan más a situaciones sólo equiparables con determinadas torturas<sup>18</sup>.

La segunda, propone una efectiva ampliación del círculo de sujetos protegidos, que va desde la sustitución de la actual mención a “persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad” por la de “persona que esté o haya estado ligada a él por una relación estable de pareja”, con la idea de integrar tanto las relaciones hetero como homosexuales, a la imprescindible inclusión de los hermanos y descendientes, y hasta el empleo de la fórmula genérica de “persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

<sup>16</sup> *Vid.*, en este sentido: Olmedo Cardenete, Miguel. El delito...cit., págs. 39-40

<sup>17</sup> *Vid.*, por ejemplo: *Ibid.*, págs. 29 y ss. Carbonell Mateu-González Cussac. Comentarios al Código Penal de 1995, Vol I, Valencia, 1996, pág. 801. Ruiz Vadillo, Enrique. En Conde-Pumpido Ferreiro. Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, Madrid, 1997, pág. 1.923.

<sup>18</sup> Sobre el denominado síndrome de la mujer maltratada, *vid.*, Lorente Acosta-Lorente Acosta. Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso, 2ª ed, Granada, 1999, pág. 100. *Vid.*, también: Olmedo Cardenete, Miguel. El delito...cit., págs. 45-48.

La tercera, pretende conseguir unidad de criterios en la calificación de la ahora dispar hipótesis del que pudiéndolo hacer y teniendo obligación de hacerlo no impide los supuestos de violencia doméstica. La doctrina y la jurisprudencia se muestran titubeantes en este sentido. Desde los que estiman que es de aplicación directamente las previsiones de la comisión por omisión en el citado artículo 153 hasta los que se inclinan por la utilización de la omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución del artículo 450 o por el encubrimiento de los artículos 451 y siguientes. Mi opción pasa por añadir un segundo párrafo al delito del actual 153 con el siguiente texto: “En las mismas penas incurrirán las personas señaladas en el apartado segundo que, pudiendo hacerlo sin riesgo para su persona, no impidan el desarrollo de los actos descritos en el mismo”.

La cuarta, afecta a la penalidad. No entra en la pena privativa de libertad actual –de seis meses a tres años–, que quizás podría aumentarse en su grado máximo a cuatro años para los casos más graves, sino que se centra en la incorporación de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas y en la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. En este último supuesto, de aplicación cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz.

La quinta y última media en el reciente debate sobre la supresión de las faltas relacionadas con la violencia doméstica y su remisión a la vía civil o su transformación en delitos. Me inclino por esta segunda opción. Dada la intensa sensibilidad social sobre este tema y la gravedad cuantitativa y cualitativa de semejantes conductas parece oportuno la consagración como delito de la violencia ocasional que se realiza en el ámbito familiar o postfamiliar, o similar. No obstante, al contrario de lo propuesto para el vigente artículo 153, en consideración al bien jurídico que entiendo protegido, –su traslado al Título VII, como nuevos números 2,3 y 4 del artículo 173- en este caso al tratarse de formas ocasionales y no habituales se acogerían bajo el bien jurídico salud, dentro de las lesiones, con ocupación del artículo 153 que deja libre la actual redacción. Obviamente la pena a imponer tiene que ser menos intensa que la del actual 153 y más severa que la de la falta del 617. Esta ha de contener una de las mínimas privativas de libertad –prisión o arresto fin de semana- establecida para delitos menos graves junto, como alternativa, a la de trabajos en beneficio de la comunidad, en la extensión que se entienda conveniente, siempre con el objetivo de conseguir una cierta eficacia motivadora para los comportamientos futuros del sujeto que ha cometido estos hechos o del ciudadano en general. Obviamente semejante hipótesis genera la supresión del segundo párrafo del apartado 2 del artículo 617.

## VI. A manera de conclusión

Verdad es, como ha podido comprobarse a lo largo de esta exposición, que la violencia de género es un tema de indudable y dolorosa actualidad, que desde todas las perspectivas con que se ha de afrontar es una cuestión absolutamente abierta que necesita y al mismo tiempo exige profundizar en todo tipo de soluciones: preventivas, asistenciales, educativas, de intervención social, científico-investigadoras, económicas, legislativas, etc. Precisamente por ello requiere de grandes dosis de coordinación, de compromiso, de sensibilidad, de solidaridad, y de gestión.

Las medidas legislativas y procedimentales no pueden ser presentadas como la panacea que ha de solucionar el conflicto. No es así, la prioridad son las políticas sociales previas, las acciones educativas y las firmes inversiones para atenuar los efectos de semejantes conductas. Y si no es así para el Ordenamiento jurídico en general menos lo es para el Derecho penal que se presenta como la *ultima ratio* entre los diversos sectores jurídicos y, que, precisamente por ese principio de intervención mínima tiene que ser utilizado, incluso en estas deleznable conductas, con suma economía, sólo para los supuestos más graves. Dicho esto también hay que afirmar que la reacción punitiva tiene asimismo su papel en la lucha contra este tipo de conductas. Nuestro Código penal, bien es cierto, está en una línea aceptable en su regulación frente a los ataques violentos de género, acaso sea de los más avanzados en este sentido de nuestro entorno cultural, pero todo es mejorable. Así ha sido puesto de manifiesto con las propuestas realizadas. Hay que seguir actuando, y hay que hacerlo con prontitud. Como escribe el maestro Mantovani hay que transformar lo futurible en futuro y el futuro en presente. Y éste, en el caso que nos ocupa, no ha de ser otro que el de terminar con la violencia.

Fecha de publicación en RECPC: 14 de mayo de 2002