

PROBLEMÁTICA JURÍDICO-PENAL Y POLÍTICO-CRIMINAL
DE LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA
[“Criminal-Legal and Criminal-Political Issues Regarding Gender and
Domestic Violence Regulation”]

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO*
Universidad de Barcelona

RESUMEN

La violencia de género y doméstica es un problema cultural y social que afecta a todas las sociedades, incluso a las más desarrolladas. En este trabajo se analiza en qué medida las reformas legislativas operadas en los últimos años, que tratan de solucionar el problema de la violencia de género y doméstica, han sido positivas o son criticables. Positiva es la sensibilización de la sociedad y, especialmente, de las instancias encargadas de perseguir y castigar estos hechos, así como de adoptar medidas de formación, tratamiento psicológico y ayuda económica, que inciden en el origen de esta lacra. Los problemas que se derivan de la actual regulación se suscitan en dos sentidos opuestos: excesos y déficit punitivos. Los excesos provienen esencialmente de acusaciones falsas, imposición indiscriminada de medidas de alejamiento y

ABSTRACT

Gender and domestic violence is a cultural and social issue that affects all societies, even the more developed ones. This work analyses the extent to which the legislative reforms, that intend to solve the gender and domestic issues, carried out in the past years, have been positive or are subject to criticism. The awareness of Society is positive and, especially, the awareness of the bodies in charge of chasing and punishing these actions, as well as to adopt educational measures, psychological treatment and economical aid, that have an effect on the origin of this evil on society. The problems that arise from the present regulation take two opposite paths: excessive and insufficient sentences. Excessive sentences mainly arise from: false charges, indiscriminate restraining orders and to be on remand and lack of proportion between the

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: mcorcoy@ub.edu. Dirección postal: Avenida Diagonal 684, código postal 08034, Barcelona, España.

prisión preventiva y desproporción entre la pena prevista e impuesta y el desvalor del hecho. El déficit se origina a partir de las calificaciones “benevolentes” de hechos que constituyen delitos de homicidio, lesiones o violaciones, aun cuando sea en grado de tentativa, como delitos de “violencia de género o doméstica”.

PALABRAS CLAVE: Violencia de Género – Violencia Doméstica – Maltratos Familiares – Lesiones – Integridad Moral.

foreseeable and imposed sentence and the lack of merits of the fact. Insufficient punishment results from the “benevolent” classification of events, such as homicide, injuries or rape, even if there was the attempt to commit them, such as “gender or domestic violence”.

KEYWORDS: Gender Violence – Domestic Violence – Abuse within the Family – Injuries – Moral Integrity.

I. INTRODUCCIÓN

La violencia doméstica no es un problema que afecte exclusivamente a España, ni tan siquiera es un problema de países en los que la democracia es relativamente joven sino que es global. La única diferencia entre unos países y otros surge cuando una sociedad pasa a considerar intolerable la violencia de género y doméstica, considerando que se trata de una cuestión de orden público no exclusivamente privado¹ y, por consiguiente, no como algo que se tolera o incluso se potencia, por entender que responde a los usos y costumbres tradicionales y como tal debe defenderse. Desde las instancias internacionales ya hace muchos años que se está llamando la atención sobre este problema sin que de momento se hayan conseguido los resultados pretendidos. Al respecto en la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres*, de 18 de diciembre de 1979 (ratificada por España en 1983), se evidenciaba que la violencia de género se mantiene, entre otros motivos, por la pervivencia de valores patriarcales que alimentan unos estereotipos diferenciados en función del sexo y que consideran a las mujeres, expresa o tácitamente, en situación de subordinación. En la *Declaración de Naciones Unidas sobre eliminación de la violencia contra la mujer*², se afirma que la violencia contra la

¹ En este sentido la “Exposición de Motivos” de la Ley orgánica N° 1/2004, *De medidas de protección integral contra la violencia de género*, comienza diciendo: “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia dirigida contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

² Resolución N° 48/104, de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1999.

mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que le impide, total o parcialmente, ejercer esos derechos y libertades. En esta declaración se establecen pautas de actuación de la política legislativa de los Estados miembros, pautas de carácter preventivo, penal, educativo, asistencial, cuyos enunciados, en gran medida, se recogen en la Ley orgánica N° 1/2004.

Respecto de la denominación que se adopta existe una gran confusión puesto que se utilizan en el mismo contexto expresiones como: “violencia doméstica”, “violencia familiar”, “violencia intrafamiliar”, “violencia de género” o “violencia contra la mujer”. La IV Conferencia Mundial de Pekín (1995) se inclinó por las expresiones “violencia de género” y “perspectiva de género”, por entender que este era el elemento esencial en el cambio del rol tradicional de la mujer en la sociedad. En el mismo sentido, la Ley orgánica N° 1/2004 se decanta por esta terminología, aun cuando en su redacción final introduce la referencia a “personas especialmente vulnerables”, lo que desvirtúa la finalidad inicial de la ley, su propia exposición de motivos y el contenido de muchas de las medidas previstas. Por otra parte, independientemente de que en la referida Ley orgánica N° 1/2004 se proteja, junto a la mujer, a personas especialmente vulnerables, es criticable que en ella no se contemplen todos los supuestos de violencia contra la mujer. En este sentido, hay que señalar que no se hace referencia alguna a supuestos tan evidentes de violencia de género como son las agresiones sexuales de todo tipo, incluido el acoso sexual³.

Cuando se analiza la violencia de género se advierte que se trata de la violencia derivada de situaciones de convivencia, más o menos estables, y no de agresiones a mujeres que se producen por el mero hecho de serlo. Por el contrario, entiendo que el concepto de violencia de género se debería corresponder con este segundo planteamiento. Es decir, que se trata de contemplar los supuestos en los que la violencia ejercida, cualquiera que sea su naturaleza, tiene su origen en el desprecio, odio o miedo hacia la mujer. Cuestión diferente es que, lógicamente, muchas de estas situaciones se produzcan en el ámbito doméstico. Por ello creo que está equivocada la sentencia del Tribunal Constitucional N° 59/2008, de 14 de mayo de 2008, sobre la que volveremos, cuando afirma que el artículo 153 CP. es aplicable objetivamente siempre que se produzca la situación de violencia entre una pareja o en el ámbito doméstico. Creo, por el contrario, que lo correcto es la línea jurisprudencial que se había ido consolidando, en las

³ Sí contempla estos supuestos de violencia contra la mujer, la Resolución del Consejo de Europa *Sobre violación y agresiones sexuales a las mujeres* de 1993, adoptada tras la III Conferencia Europea sobre “Igualdad entre mujeres y hombres”, celebrada en Roma.

resoluciones de varias Audiencias, en el sentido de que la aplicación de este precepto requiere que realmente la violencia se haya ejercido por razón del género, con intención de dominación o desprecio.

La Ley orgánica N^o 1/2004, pese a su título y al contenido de la mayoría de los preceptos, pretende abarcar como sujetos a proteger, junto a las mujeres, a personas vulnerables. Planteamiento que también se ha seguido en diferentes las instancias europeas y americanas⁴. Así, por ejemplo, la Decisión del Parlamento Europeo N^o 293/2000, de 24 de enero, aprueba el “Programa Daphne”, de acción comunitaria, para establecer medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los

⁴ En Chile, la Ley N^o 20.066, *De violencia intrafamiliar*, plantea una situación análoga puesto que, aun cuando, parte de que la voluntad de la ley es “erradicar la violencia contra la mujer y realzar el respeto a su dignidad”, en su artículo 5, al referirse al concepto de “Violencia intrafamiliar”, se afirma que: “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente./ También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”. Lo que supone que las personas especialmente protegidas no son las mujeres sino las personas vulnerables en el ámbito doméstico, en la misma línea que se contempla en el artículo 173.2 CP. español.

Así mismo, en el artículo 14, de la Ley N^o 20.066, define las conductas que pueden constituir lo que denomina “delito de maltrato habitual”, estableciendo que: “El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5^o de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste./ Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria./ El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N^o 19.968”. Por último se modifica el Código Penal, para aumentar las penas de las lesiones en un grado en su artículo 400: “Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5^o de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1^o del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado”. Lo que no es muy diferente de la agravante establecida en el artículo 148.4^o del Código Penal español, respecto de las lesiones.

niños, los adolescentes y las mujeres⁵. Pese al arraigo institucional de esta concepción amplia de violencia de género, creo que desvirtúa el objetivo y el fundamento de la ley y que, siendo, desde mi punto de vista, igualmente reprochables unas conductas que otras, es necesario diferenciar, especialmente, si se parte de la idea de la especificidad del “género”. Término que, por otra parte, pienso que es confuso porque debería hablarse de “sexo”, ya que en esa cuestión está el origen del problema. Del mismo modo, entiendo que no puede disgregarse la violencia física y psíquica de la sexual, en sentido estricto, ya que todas ellas, si realmente requieren un tratamiento diferenciado, es precisamente por su origen común de voluntad de dominación de un sexo sobre el otro.

En este sentido, la *Declaración de Naciones Unidas sobre eliminación de la violencia contra la mujer* (Resolución N° 48/104, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 2003), sí que contempla todos los supuestos de violencia contra la mujer, tanto en la esfera privada como en la pública y limita su objeto al problema del sexo femenino. En esta resolución se reconoce que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente consolidadas entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación y discriminación de la mujer, siendo la violencia contra ésta uno de los mecanismos utilizados por algunos hombres para mantener esta situación.

En relación con la terminología, en España, a partir de 1998, se comienza a generalizar el término “violencia de género” en relación con los malos tratos infligidos en el ámbito doméstico⁶. No obstante, si examinamos los supuestos que legalmente se califican como “violencia de género” (Ley orgánica N° 1/2004, especialmente) se advierte que, en la mayoría de supuestos, se requiere una situación de convivencia familiar o análoga. Por el contrario, entiendo que la convivencia no debería constituir un requisito esencial para poder calificar unos hechos como violencia de género. En sentido opuesto, difícilmente pueden calificarse como “violencia de género” los hechos en los que la víctima no es una mujer, sino una persona vulnerable, sea cual sea su sexo⁷. A lo anterior hay que añadir

⁵ Este programa continúa a través de la Decisión N° 803/2004, que aprueba el “Programa Daphne II”, con una duración prevista de cuatro años, para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo.

⁶ Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 26 diciembre 2002, que entiende la violencia familiar como una situación de dominación, o intento de dominación, sobre la mujer y considera que la violencia de género tiene como finalidad controlar a la mujer y mantenerla en una situación de subordinación.

⁷ La violencia en el ámbito doméstico contra menores y ancianos cada día ad-

que si hablamos de “género” el término no excluye a los hombres, sino que hace referencia a que la violencia se ha producido por razón del sexo de la persona agredida, por lo que también sería “violencia de género” la infligida por la mujer al hombre⁸, aun cuando ello ha suscitado una gran controversia que se refleja en las últimas resoluciones del Tribunal Constitucional. Lo cierto es que, en la Ley orgánica N^o 1/2004, se refiere expresamente a la “violencia contra la mujer”, término que es precisamente el que se utiliza respecto de los nuevos Juzgados que se crean por esta ley y que se denominan Juzgados de violencia sobre la mujer.

Atendiendo a la regulación española, valorando todos los aspectos, y pese al título de la Ley orgánica N^o 1/2004, considero más adecuado utilizar el término violencia doméstica, puesto que en nuestra legislación “especial” no se contemplan todos los casos de violencia contra la mujer y *a sensu contrario* se incluyen supuestos en los que la víctima no necesariamente es mujer. Término que, por otra parte, es el más generalizado en España, integrando la idea de convivencia con la de relación familiar⁹, en ambos casos con una comprensión de la convivencia y de la relación familiar muy amplia, por no decir indeterminada¹⁰. Dadas las diferentes relaciones abarcadas por la ley como integrantes de esta violencia, considero que no es adecuado el término “violencia intrafamiliar”, utilizado en algunos países sudamericanos y propuesto aquí por algunos autores¹¹.

quiere una mayor visibilidad y jurisprudencia reciente nos muestra la gravedad de esas conductas. En particular, respecto de menores, serían un claro ejemplo de ello, un supuesto de gravísima violencia física y psíquica por parte de la “madrastra”, que llevó a intentar suicidarse a una de las menores, hija de su marido (sentencia del Tribunal Supremo N^o 1387/2009, 30 de diciembre) y, en otro caso, de clara complicidad de la madre, respecto de la brutal violencia ejercida por su pareja contra su hija (sentencia del Tribunal Supremo N^o 1061/2009, 26 de octubre).

⁸ Cfr. MARCOS AYJÓN, *La violencia de género y el Código Penal*, en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 16 (2005), advierte del hecho de que, desde una perspectiva lingüística, por violencia de género habría que entender tanto la que causa el hombre a la mujer como la infligida por la mujer al hombre.

⁹ MONTALBÁN HUERTAS, *La interpretación de las leyes como factor de eficacia*, en RUBIO, Ana (coordinadora), *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para los operadores jurídicos* (Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2003), p. 144.

¹⁰ Véase el cap. III, sobre la redacción del artículo 153 y sobre todo, del 173.2 en la Ley orgánica N^o 11/2003.

¹¹ Cfr. MAZA MARTÍN, *La violencia intrafamiliar y la nueva ley de violencia de género*, en *Derecho y Jueces*, 23 (2003), quien considera que el término más adecuado es “violencia intrafamiliar”, lo que no se compadece con relaciones como, por ejemplo, la “análoga relación aun sin convivencia” o la de personas que convivan sin ser familiares.

II. REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA EN EL “CÓDIGO PENAL” ESPAÑOL

La regulación específica del problema de lo que se denominó, en un primer momento, “malos tratos familiares” aparece por primera vez en nuestra legislación en 1989, cuando, por Ley orgánica N° 3/1989, se introduce en el *Código Penal* el artículo 415. Según la “Exposición de motivos” con la finalidad de “proteger eficazmente a los miembros más débiles de la familia o grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”¹². Este precepto se reprodujo en el artículo 153 del *Código Penal* de 1995 y, a los tres años de su entrada vigor, fue de nuevo modificado por Ley orgánica N° 14/1999, de 9 de junio, en atención, fundamentalmente, a la poca aplicación que había tenido. Las modificaciones afectaron a:

i) La supresión de la expresión “cualquier fin”. Pienso que esta modificación, con la intención de excluir a través de este término la necesidad de elemento subjetivo del injusto, en realidad introducía el problema.

ii) La ampliación del círculo de personas afectadas, ya que había supuestos que en la realidad social eran análogos y no estaban contemplados, no pudiendo hacerse extensivo el precepto sin caer en analogía contra reo.

iii) El establecimiento de un régimen de concurso delitos, cuando la violencia familiar concurre con la comisión de otros delitos cometidos en el propio ámbito familiar. La calificación por ley como concurso de delitos y no de leyes sólo puede justificarse si en el delito de “malos tratos familiares” se protege un bien jurídico distinto al de los protegidos en las otras agresiones cometidas en el seno de la familia, puesto que sino se infringiría el principio de “*non bis in idem*”.

iv) La definición del requisito de “habitualidad”, otro de los elementos que en la práctica jurisprudencial había determinado su inaplicación.

Lo cierto fue que estas modificaciones tampoco produjeron un cambio relevante en la práctica judicial¹³. La ineficacia del nuevo delito, al igual que sucedió con los anteriores, no se debe al contenido del precepto sino a razones culturales, religiosas, psicológicas y sociológicas, algunas de las cuales, como el temor de las víctimas a denunciar, fueron puestas de relieve en la Circular N° 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, que tiene sus

¹² Cfr. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (Madrid 1997), II, p. 1922.

¹³ Véase: CORCOY, M., *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, en *Cuaderno de Derecho Judicial*, 5 (2001), en donde afirma que no se iba a conseguir lo pretendido por la reforma por que en ella no se subsanan los problemas de fondo que se plantean en estos casos.

precedentes en la Instrucción 3/1988 y en la Circular N^o 2/1990, donde se instaba a los fiscales a “*reprimir con toda ejemplaridad*” los supuestos de malos tratos a la infancia y a las mujeres, sin que esta directriz tuviera reflejo alguno en la práctica¹⁴.

Esta situación, en todo caso, no es exclusiva de este ámbito, puesto que tenemos otros ejemplos llamativos del mismo problema, como lo sucedido con los delitos contra la seguridad en el trabajo o en el tráfico que, estando tipificados desde hace décadas, no han sido aplicados hasta épocas muy recientes. En el caso de la seguridad en el trabajo más llamativo si cabe, ya que la reforma operada en 1995 restringe el ámbito típico y, sin embargo, ahora se aplica y antes no. Todo ello nos demuestra que es más importante un cambio de actitud de la sociedad, en general, y de los diferentes integrantes de la Administración de Justicia, en particular, que las reformas legislativas. En esta línea, en otro sentido, hay que ser cuidadoso cuando se menciona el Derecho penal simbólico para criticar unos determinados preceptos en base a su poca o nula aplicación. En estos casos hay que analizar si es “simbólico” porque no puede ser aplicado o porque de aplicarse carece de eficacia preventiva o si, por el contrario, lo que sucede es que no se están poniendo los medios necesarios para que pueda aplicarse eficazmente y dejar, en consecuencia, de ser “simbólico”.

III. BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO EN ESTA LEGISLACIÓN. FINALIDAD DE LA NORMATIVA PENAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

Para la doctrina penal mayoritaria, con la introducción del delito de violencia de género (artículo 153) se pretendía proteger no ya la salud o la integridad corporal sino la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato inhumano y degradante¹⁵. Posteriormente, esta interpretación ha sido recogida, en parte, por el legislador que introduce, por Ley orgánica N^o 11/2003, un apartado 2^o en el artículo 173 CP., entre los delitos contra la integridad moral. Mientras en el artículo 173.1 CP. el único elemento

¹⁴ La inaplicación del delito ha tratado de paliarse dejando la persecución de estos hechos en manos de la Fiscalía, lo que tuvo su reflejo en la reforma del artículo 105 de la L. Enjuic. Crim., en septiembre de 1998.

¹⁵ En este sentido, por ejemplo, CARBONEL MATEU - GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995* (Valencia 1996), p. 801; TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (director) - VALLE MUÑIZ (coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Pamplona 2004), p. 745; en el mismo sentido se expresa la Circular N^o 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, donde además se extiende el ámbito de protección a la paz y orden familiar, la normal convivencia y las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar.

típico son “los tratos degradantes que menoscaban la integridad moral”, sin que se precise requisito adicional alguno, en el artículo 173.2 CP., se califican como tratos degradantes del párrafo 1º, la violencia física o psíquica cuando se desarrolla en el ámbito familiar—que abarca a situaciones fácticas de convivencia o de vinculación personal— requiriendo, además, que estos hechos violentos se reproduzcan habitualmente. Es decir, se tipifica un supuesto especial de trato degradante en el que la “gravedad”, que se exige en el artículo 173.1 CP., se sustituye por la habitualidad, cuando se realicen estos actos en el contexto de género o doméstico. Si esta interpretación puede ser válida, resulta cuanto menos discutible que desde un sector de la doctrina penal¹⁶, a partir de concebir los “malos tratos familiares” como delito contra la integridad moral, se considere que el consentimiento de la víctima es eficaz, lo que determina la impunidad de los hechos si la víctima declara que ha consentido en esa violencia. Esta afirmación es doblemente peligrosa en este caso, puesto que, como se ha puesto de manifiesto, uno de los problemas con los que se encuentra el aparato judicial a la hora de enjuiciar las violencias familiares es la falta de testigos o la retractación de estos.

Otra crítica a la comprensión del delito de “malos tratos familiares” como una conducta de tratos inhumanos o degradantes se fundamentaba, por otro sector de la doctrina¹⁷, en que los tratos inhumanos o degradantes requieren un umbral de intensidad muy elevado, en el cual ni tan siquiera entrarían las palizas brutales. Personalmente no comparto esta interpretación de los tratos inhumanos o degradantes y pienso, por el contrario, que en el ámbito de los llamados “malos tratos familiares” (que incluirían los de género) se dan, simplificando, cuatro clases de situaciones: *i*) agresiones físicas graves, que constituirán lesiones o tentativa de homicidio o asesinato; *ii*) agresiones psíquicas continuadas que constituirán lesiones, tipo básico o cualificado, atendiendo la intensidad; *iii*) atentados contra la libertad o intimidad que podrán calificarse, según el caso, como amenazas, detenciones ilegales, allanamiento de morada; y *iv*) tratos vejatorios físicos o psíquicos que, cuando tienen una cierta continuidad e intensidad, constituyen un trato inhumano y degradante, porque lesionan gravemente la dignidad de la persona, afectación/lesión que un psiquiatra puede constatar

¹⁶ En este sentido, TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios*, cit. (n. 15), p. 746.

¹⁷ En este sentido, entre otros: BARQUÍN SANZ, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes* (Madrid 1992), pp. 83 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura* (Barcelona 1990), pp. 39 ss; MAQUEDA ABREU, *La tortura y otros tratos inhumanos o degradantes*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1986), pp. 429 ss.

en la mayoría de víctimas de estos “malos tratos familiares”¹⁸. “Lesión” que, por otra parte, está en el origen de muchos de los problemas que surgen en la persecución de estos hechos ya que las víctimas sufren el llamado síndrome de “mujer maltratada” o al menos, una autoestima tan baja que las convierte, en la práctica, en incapaces, en cuanto carentes de autonomía. La Ley orgánica N^o 11/2003, al regular los “malos tratos” habituales en el artículo 173.2. CP., viene a apoyar esta interpretación y su justificación se puede ver en reforzar y facilitar con ello la calificación de estas conductas como trato inhumano y degradante. El trato inhumano y degradante del artículo 173.2, al exigir otros requisitos, requiere un umbral menor para que una conducta pueda ser calificada como trato degradante, respecto del artículo 173.1, cuyo requisito es que éste sea “grave”.

Así mismo, no hay que olvidar que el *Código Penal*, con carácter general para los delitos contra la integridad moral (artículo 177 CP.), considera que entre estos y la “vida, integridad física, salud, libertad sexual y bienes de la víctima” se suscita un concurso real de delitos. El fundamento de esta regulación se encuentra en el distinto bien jurídico-penal protegido, que en los delitos contra la integridad moral es la dignidad. Ello no excluye que se trata de una decisión político-criminal que puede ser discutible puesto que la lesión de dos bienes jurídicos sólo determina que se trate de un concurso de delitos y no de leyes pero no que *iuris et de iure* se califique como concurso real. Tampoco está justificado que se limite a la libertad sexual, excluyendo otros atentados contra la libertad y, por el contrario, se haga referencia a los bienes.

Con la entrada en vigor de la primera versión del artículo 153 CP., se pensó que la única posibilidad de dotar de autonomía y, por consiguiente, de legitimidad a la existencia del delito de “malos tratos familiares” era entender que en él se protegía la salud y, en consecuencia, concebirlo como un delito de peligro abstracto de lesiones en el que no es necesaria la existencia de un menoscabo físico o psíquico efectivo, en otras palabras, en una tentativa de lesiones expresamente tipificada¹⁹. En consecuencia, para estimar la existencia del delito de “malos tratos familiares” era suficiente con un juicio sobre la idoneidad o probabilidad de que, con la reiteración de las agresiones –lo que explicaría la exigencia de habitualidad–, se provoque

¹⁸ Desde otras perspectivas, se critica que el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes sea el bien jurídico protegido en estos delitos lo que supondría una confusión entre el concepto de bien jurídico y de derecho fundamental, en este sentido: BARQUÍN SANZ, *Los delitos de tortura*, cit. (n. 17), p. 223.

¹⁹ En este sentido: GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS - GRACIA MARTÍN - LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (Valencia, 199), I, p. 423 s.

en las víctimas estados de desequilibrio grave psíquico y emocional²⁰. Sin embargo, lo cierto es que la experiencia clínica demuestra que el maltrato crónico provoca estos estados de desequilibrio, con lo que si exigimos la habitualidad de las agresiones no es que concurra un riesgo de desequilibrio sino que efectivamente éste se produce, con lo que volvemos a la ineficacia de este delito, porque la constatación de un desequilibrio de estas características supone la concurrencia de un delito de lesiones psíquicas graves consumadas que permite castigar esos hechos, en principio, de acuerdo con los artículos 147 y 148 CP. En todo caso, estas dificultades no justifican por sí mismas que por ley, en este caso Ley orgánica N° 11/2003, se transformen faltas en delitos.

Ello no obstante, hay que poner de relieve que, mientras en algunos casos estas previsiones pueden llegar a infringir el principio de legalidad y proporcionalidad, en otros conducen a una calificación mucho más benevolente de la que resultaría si nos atuviéramos a los delitos realmente cometidos y tipificados en el llamado Derecho penal nuclear, como pueden ser las detenciones ilegales, amenazas, allanamiento de morada, agresiones sexuales (violación, abusos deshonestos, corrupción), lesiones (cualificadas, graves...), lesiones al feto, aborto, inducción al suicidio, homicidio, asesinato. En otras palabras, el legislador, aunque es evidente que actúa con la voluntad de alcanzar una mayor protección de este ámbito, por la presunta existencia de lagunas de punibilidad, crea unas construcciones legales nuevas cuando existen delitos clásicos, como los mencionados, que sirven perfectamente para perseguir estas conductas denominadas “malos tratos” o “violencia familiar”²¹.

IV. JUICIO SOBRE LA REFORMA OPERADA POR LEY ORGÁNICA N° 11/2003

Para comprender la reforma operada por Ley orgánica N° 11/2003, es necesario ponerla en relación con la evolución legislativa en materia de la llamada “violencia doméstica” o también “violencia de género”. La Circular

²⁰ *Ibíd.*, p. 428.

²¹ En este sentido es correcta la sentencia del Tribunal Supremo N° 1061/2009, de 26 de octubre (ponente Monterde Ferrer), en la que se condena por lesiones cualificadas del artículo 149, en concurso con delito contra la integridad moral del artículo 173.1, aplicando en ambos casos la agravante de parentesco, pese a que formalmente se trataba de violencia en el ámbito doméstico (pareja de la madre y madre) sobre persona vulnerable (menor). Y es correcta porque si bien en determinados supuestos la regulación especial sobre violencia de género o doméstica, implica una agravación frente a casos relativamente leves pero supone un trato privilegiado frente a supuestos de graves que, en ningún caso, está justificado.

Nº 1/1998, de la Fiscalía General del Estado, sobre *Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico*, tras enumerar las diferentes figuras delictivas que son aplicables a los concretos actos llevados a cabo, dice textualmente: “*De otro lado, en atención no ya al concreto acto concreto producido sino a la repetición habitual de actos de estas características, el legislador introdujo en el ya derogado Código Penal de 1973, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, el artículo 425, hoy ya derogado, y que constituye el precedente inmediato del actual artículo 153 CP. [...]*”. Ello supone afirmar expresamente que la “repetición” de actos delictivos va a servir para favorecer al autor, ya que en lugar de aplicarle la figura delictiva que le correspondería, de no concurrir la “repetición”, se le aplicara la más benigna creada por el legislador, en teoría para castigarle más precisamente por la “repetición”. Un castigo mayor en el caso de “repetición” de actos delictivos se debería determinar a través de la figura del concurso real de delitos, que posibilita sumar las penas correspondientes a cada uno de los delitos cometidos, con unos ciertos límites materiales y jurídicos.

La “novedad” de la Ley orgánica Nº 11/2003 es la de “convertir” en delito, del artículo 153 CP., todas las faltas contra las personas. Es decir, no son sólo los malos tratos, en plural, sino el “maltrato”, en singular, lo que se convierte, por imperativo legal, en delito. Entiendo que, de no concurrir algún elemento más, que justifique el mayor desvalor del hecho, esta calificación no está justificada. En su caso, la “transformación” de falta en delito debería hacerse, en general, respecto de las faltas de lesiones, es decir, cuando se requiera asistencia médica y no en unos supuestos concretos, atendiendo a la mayor o menor gravedad de la conducta en la individualización de la pena. Por el contrario, como decía, no es proporcional hacerlo respecto de un maltrato o una vejación aislada²². La mayor gravedad que puedan revestir unos hechos cuando se cometen entre familiares puede tomarse en consideración a través de la circunstancia mixta de parentesco y, en su caso, también por la agravante de alevosía o de abuso de superioridad y si hay un ánimo de discriminación, en principio en estos casos por razón de sexo, la agravante prevista en el artículo 20.4º CP. Por otra parte, y tras la reforma por Ley orgánica Nº 11/2003, también se han previsto agravantes específicas en las lesiones, en el artículo 148, 3º, 4º y 5º²³. Situación que puede suscitar irresolubles concursos de

²² Véanse los capítulos 2 y 7.

²³ Es cierto que, como decíamos, existe un problema de base que es la distinción entre delito y falta de lesiones, ya que, para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, el artículo 148 no es de aplicación si a priori se califican los hechos como falta. Una interpretación diferente (y desde mi punto de vista la adecuada) es la propuesta

leyes, máxime si tenemos en cuenta que el mal trato habitual se tipifica en el artículo 173.2 CP. y que respecto a este precepto está prevista una cláusula de concurso real de delitos en el artículo 177 CP.

La afectación del principio de igualdad, por la Ley orgánica Nº 11/2003, es mayor si examinamos el artículo 173.2 CP., puesto que la definición de lo que se entiende por “ámbito doméstico”, amplía sustancialmente el círculo de familiares, con lo que infringe, así mismo, tanto el principio de proporcionalidad como el de legalidad, en especial, en su perspectiva de taxatividad –*lex certa*–. La intención del legislador podría calificarse de positiva, en tanto pretende comprender en el ámbito de la “violencia doméstica” y, en consecuencia, en las medidas adoptadas para su erradicación y para la protección de las víctimas, la “violencia de género”. No obstante, lo que no es admisible es que, aun siendo los fines positivos, los medios utilizados conlleven infringir los referidos principios.

Las cuestiones que se plantean son múltiples, en primer lugar, el respeto del principio de proporcionalidad, requiere que el bien jurídico-penal protegido no sea únicamente la salud, ni la libertad sino que, en todo caso, se debe de proteger el *leiv motiv* de estas reformas es decir, en terminología de la calle, la protección de la mujer castigando el machismo o, en su caso, si se extiende el ámbito del tipo a otras víctimas, como sucede en los artículos 153.2 y 173.2 CP., el abuso de superioridad y la voluntad de dominio sobre personas vulnerables en el ámbito familiar. Voluntad de dominio y/o desprecio que es el elemento común a todos estos supuestos. En consecuencia, *de lege ferenda*, no se debería atender tanto a quiénes son las víctimas como a por qué se ha llevado a efecto esa conducta. Intención que deberá probarse a través de los indicios objetivos concurrentes.

En consecuencia, en todos los casos, se debe requerir la concurrencia de una circunstancia agravante específica que cualifica la falta como delito. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Nº 59/2008, de 14 de mayo, es inadmisibile, no ya porque considere constitucional el artículo 153.1º CP., sino por los argumentos que emplea para afirmar su constitucionalidad²⁴. Su tesis se centra en la idea de respeto a la igualdad y dignidad de la mujer, sin establecer criterios para delimitar en

por SILVA SÁNCHEZ - MELERO MERINO, *Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta*, en *Actualidad Penal* (1995), afirmando que, aun cuando no se requiera objetivamente tratamiento médico ni quirúrgico, es posible condenar por tentativa de delito de lesiones agravadas del artículo 147 en relación con el artículo 148.

²⁴ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo” a *Código Penal* (14ª edición, Madrid, Civitas 2009), pp. 19-26, pone de manifiesto los problemas de esta sentencia con un planteamiento que suscribo en gran parte.

qué casos es necesaria esta defensa, sino por el contrario, afirmando que es un hecho objetivo, siendo suficiente la condición de mujer para que sea necesaria esa mayor protección. La argumentación se fundamenta en el hecho estadístico de las altísimas cifras de agresiones contra la mujer por quien es o ha sido su pareja. El hecho objetivo de que la víctima sea mujer y el autor su pareja o ex pareja es un indicio pero *per se* no supone discriminación ni es más “abominable” que otras agresiones, en el sentido que establece el Tribunal Constitucional. Además, desde el respeto a los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, no se puede hacer responder a una persona para reparar injusticias pasadas o para ejemplarizar, tal y como se afirma en la sentencia, como uno de los argumentos a favor de la constitucionalidad²⁵. Con ello, por lo demás, se pone en entredicho una cierta jurisprudencia que limitaba la aplicación del artículo 153, así como la de los preceptos análogos, como el artículo 148.4º, de lesiones agravadas, el artículo 171.4º, amenazas agravadas y el artículo 172.2, coacciones agravadas, a los supuestos en los que se probaba la existencia, no sólo del dato objetivo, sino además de la finalidad de dominación del hombre sobre la mujer. El dato más positivo de esta resolución es que, junto a siete votos a favor, hay cinco votos particulares, aunque uno de ellos no llegó a formularse. En concreto, considero muy interesante el voto de Javier Delgado Barrio, que advierte que, a partir de los propios argumentos vertidos en la sentencia, la conclusión debería ser la inconstitucionalidad del precepto. Y es así porque, en el FJ 4, se pone de relieve que la pura literalidad de la redacción del artículo 153.1 CP, es inconstitucional, calificación que se salva al introducir en el tipo un nuevo elemento –dominación/machismo– que el legislador no ha incluido expresamente. Dado que la sentencia no declara expresamente su carácter interpretativo, la simple lectura del pronunciamiento desestimatorio puede conducir a la conclusión de que el citado precepto, con el solo contenido que expresamente recoge, resulta ser conforme con la *Constitución*.

Ante esta contradicción, Delgado Barrio, afirma: “Y no es así. Como fácilmente se aprecia en el sentido implícito en los razonamientos jurídicos de la Sentencia, y en términos más expresivos en el segundo párrafo de su Fundamento Jurídico 4, la norma cuestionada en la pura literalidad de su redacción es claramente inconstitucional, calificación última esta de la que

²⁵ Como se afirma en el auto del Juzgado de lo Penal Nº 4 de Murcia, que está en el origen de esta sentencia, tampoco sería de recibo la caracterización de esta tipificación como una fórmula de “reparación o compensación” colectivas por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social, pues se traduciría en la imputación a cada acusado varón de una responsabilidad también colectiva, como “representante o heredero del grupo opresor”

se salva merced a la introducción en el tipo de un nuevo elemento que el legislador no ha incluido expresamente, pero que la sentencia añade a la descripción legal: para que una conducta sea subsumible en el artículo 153.1 CP. no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya “*manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*” (FJ 9, a)”

“En estos autos, la Sentencia implícitamente está declarando la inconstitucionalidad del precepto cuestionado en la interpretación que se atiene a la pura literalidad de su texto sin más, es decir, sin incorporar un nuevo elemento al tipo, y al propio tiempo declarando su constitucionalidad sobre la base de que concurra aquella situación de discriminación, desigualdad o relación de poder que, si atendemos “al espíritu y finalidad” de la norma, artículo 3.1. del *Título Preliminar del Código Civil*, resulta ser elemento del tipo. Así las cosas, llego a la conclusión de que este entendimiento del precepto cuestionado debió recogerse en el fallo por las razones de índole general ya señaladas para todas las sentencias interpretativas, a las que en este caso han de añadirse las específicas propias de la materia penal “*en atención a los valores de la seguridad jurídica que informan la garantía constitucional del artículo 25.1 CE*” (*sentencia del Tribunal Constitucional N° 283/2006, de 9 de octubre [RTC 2006, 283], F. 5*), lo que además resultaba intensamente indicado aquí, dado que el elemento incorporado al tipo deriva de un contexto y una finalidad que no resultan del Código Penal sino de la *Ley orgánica N° 1/2004 (RCL 2004, 2661 y RCL 2005, 735)*, que es la que introdujo el precepto debatido”.

Pero no sólo la constitucionalidad del precepto, en virtud del principio de proporcionalidad, está en entredicho sino que también el respeto al principio de legalidad plantea múltiples cuestiones. El primer problema nos surge en relación con cuál es el núcleo de personas que, para estar integrados en el tipo, requiere convivencia y cuáles no. El legislador con una técnica legislativa inclasificable opta por una sucesión de “o”, con o sin “comas” intercaladas, que determina que, según la interpretación que se siga, se planteen situaciones en las que no está justificado el plus de antijuridicidad pretendido, o, en sentido contrario, claras lagunas de punibilidad. Así, si interpretamos que la convivencia sólo se requiere respecto de los menores o incapaces no descendientes que convivan con el agresor, al estar precedidos por la conjunción disyuntiva “o”, con una coma, y que entre nuera y suegra no es necesaria la convivencia, por interpretarse así la conjunción disyuntiva “o” seguida de “coma”. Pero en ese caso resulta que los descendientes o ascendientes por adopción o afinidad requieren convivencia (suegra y nuera, por ejemplo) y no los hermanos por naturaleza,

adopción o afinidad (cuñados, por ejemplo), lo que implica proteger más a las cuñadas que a las suegras, lo que carece por completo de sentido²⁶.

En segundo lugar, se suscita la duda acerca de quiénes están comprendidos en el círculo de personas siguientes: “*quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que está o haya estado ligada a él por idéntica relación de afectividad aun sin convivencia*”. Esta redacción plantea dudas acerca de qué datos son los que determinan que se trate de “idéntica relación de afectividad”, ¿relaciones sexuales? ¿de qué clase? ¿con qué “habitualidad”? Atentados al principio de legalidad que siguen en tanto la relación de personas incluidas en el “ámbito familiar” se concluye con la frase: “*o sobre cualquier persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar*”. No se cumple con esta definición la taxatividad, requisito esencial del principio de legalidad –*lex certa*–, puesto que por un lado se refiere a “cualquier relación” y por otro a “núcleo de su convivencia familiar”, con lo que debemos preguntarnos de nuevo, ¿relación de asalariados? ¿relación de subarriendo?, así como ¿cuál es el núcleo? Dado el amplio abanico de supuestos en los que lo que una falta se convierte en delito es difícil encontrar argumentos que justifiquen la mayor penalidad y, por consiguiente, la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena resulta también en entredicho ¿por qué es menos grave una bofetada a la vecina que a una persona que está viviendo en la casa o que a un pariente político, con el que ni tan siquiera se convive?

En otro orden de cosas, como ya se ha mencionado, la Ley orgánica N° 11/2003, trata de solventar los problemas de prueba de la habitualidad con la conversión en delitos de las faltas de lesiones y de maltrato de obra, cometidas en el entorno familiar, artículo 153 CP. ¿Está justificada esta conversión? Cuestión que podemos plantearnos a través de la siguiente pregunta: ¿qué bien jurídico se protege en el artículo 153, junto con la salud, que justifique su existencia? Cuestión que se plantea de idéntica forma respecto del artículo 171.4º, en relación con las amenazas, y del artículo 172.2, en relación con las coacciones. La conversión en delito de faltas de amenazas, coacciones, malos tratos... facilita la denuncia, es cierto, pero imposibilita una mínima prueba de los hechos, con carácter previo a que el juez dicte la orden de protección²⁷. Puesto en relación con lo que planteaba en el apartado anterior ¿justifica una bofetada una actuación tan

²⁶ Cfr. ampliamente sobre esta cuestión, SAP Barcelona, sec. 5ª, rec. N° 54/2004 y SAP Barcelona, sec. 6ª, 31 julio 2005.

²⁷ Prevista en la Ley N° 27/2003, que permite que, previa una mera audiencia de las partes el juez adopte una serie de medidas cautelares, entre las que se encuentran las de alejamiento, el uso y disfrute de la vivienda y alimentos

contundente de la Administración de Justicia?²⁸. Todas estas cuestiones explican que la más reciente doctrina del Tribunal Supremo, trate de dotar de autonomía a este precepto y, de ese modo legitimar y limitar su aplicación. En esta dirección estima que *“el bien jurídico protegido en el artículo 153 del CP. trasciende a la integridad personal, en tanto que el maltrato familiar, pese a la distorsión que se produce con el aumento de relaciones que se incluyen en el tipo, afecta a valores constitucionales de primer orden; la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad son valores que protege ese precepto, más allá de la integridad”*. A lo que se suma, a partir de la “Exposición de motivos” de la Ley orgánica N° 11/2003, la idea de que *“el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convenir aquel ámbito en un microcosmos regidos por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder sobre su pareja y menores convivientes. Quizá en la actualidad debemos poner el acento en la protección de la dignidad de la persona, que dentro del ámbito familiar, o derivado de ella, evitando que se consolide la dominación degradante, o que se la subyugue y se atenté contra su integridad moral”*²⁹. Idea que se consolida a partir de la Ley orgánica N° 1/2004, que, también en la “Exposición de Motivos”, se refiere a la necesidad de adoptar medidas tendentes a evitar la situación de subordinación y dominio que tradicionalmente ha sufrido la mujer por parte del hombre. Consecuente con esta tesis, que es por otra parte la única capaz de justificar la existencia del precepto, si lo que justifica los artículos 153 y 173.2 es este plus de lesividad, derivado de la protección de ese bien jurídico que podíamos definir como “paz familiar”, en ningún caso cabrá aplicar el artículo 173.2 en concurso con delitos del artículo 153, en base a las faltas contra las personas habituales que justifican su aplicación, sino únicamente por las faltas en concurso con el artículo 173.2, so pena de infringir el principio de *“ne bis in idem”*³⁰. Por el contrario, sí puede condenarse por dos delitos del artículo 173.2,

²⁸ En este sentido las declaraciones de la juez decana de Barcelona, Sra. María Sanahuja, en su comparecencia, el 27 de mayo de 2004, que han sido muy criticada, en ocasiones, con argumentos falsos, como por ejemplo, que con esa denuncia no se facilitan los términos del procedimiento de separación. Me pregunto ¿no es de pura lógica que es más fácil llegar a un “acuerdo” mejor o más rápido con alguien al que se ha quitado el uso de la vivienda, las visitas a los hijos [...] ?

²⁹ Cfr. las sentencias del Tribunal Supremo de 24 junio de 2000 ó de 22 enero de 2003, entre otras.

³⁰ En este sentido se pronuncia SAP Barcelona, sec. 6ª, de 27 de mayo de 2005.

en concurso real, cuando la violencia haya recaído sobre dos personas diferentes, por tratarse de bienes jurídicos personales³¹.

En relación con los tipos agravados, previstos en el artículo 173.2 II CP., se suscitan también múltiples cuestiones. En el supuesto de que la violencia se perpetre en el domicilio surgen, básicamente, tres problemas. Primero ¿qué entendemos por domicilio común o de la víctima? ¿solamente el habitual? ¿también una segunda residencia? ¿cabe abarcar el domicilio de padres, hermanos o amigos, en los que la víctima se encuentre acogida?. Segundo, cuál sería la relación concursal con un eventual delito de allanamiento de morada, cuando no se trate del domicilio común ¿artículo 173.2 agravado o concurso de delitos del artículo 173.2, tipo básico, con delito de allanamiento de morada? Problemática que se complica en los casos en que ese domicilio siga siendo el del autor ¿cabe en estos casos aplicar la agravante?, máxime cuando la justificación que se propone respecto de estos delitos es precisamente la protección de la “paz familiar” del “espacio íntimo de convivencia”.

Respecto de la agravación de quebrantamiento de condena se suscita una cuestión en relación con el principio “*ne bis in idem*”, ya que se plantea un concurso de leyes, entre la aplicación del artículo 173.2 CP., agravado por quebrantamiento, o estimar concurso de delitos entre el artículo 173.2. básico y el artículo 468.2 CP. ¿Cuál es el criterio de solución aplicable, la especialidad, a favor del artículo 173.2 agravado, o la alternatividad, a favor del concurso de delitos entre el artículo 173.2 básico y el delito de quebrantamiento de condena?³². La misma problemática se plantea respecto de la agravante por realizar los actos en presencia de menores, en particular, cuando la víctima, o una de ellas, sea un menor. Respecto de la relación concursal entre las faltas de lesiones habituales, del artículo 147.1.II, introducidas por Ley orgánica N^o 15/2003, y la habitualidad del artículo 173.2, cuando se trate de personas vinculadas familiarmente, debe interpretarse como ¿concurso de leyes a favor de este último, por aplicación del principio de especialidad³³, o concurso de delitos, por aplicación del principio de alternatividad? La doctrina en la solución de estos problemas se haya dividida lo que es consecuencia directa de una técnica legislativa ilógica a la que se pretende dotar de sentido³⁴.

³¹ En otro sentido, SAP Barcelona, sec. 6^a, de 27 de mayo de 2005.

³² A favor de esta segunda solución: TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios*, cit. (n. 15), p. 911

³³ A favor de esta tesis: CÓRDOBA RODA - GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (Madrid-Barcelona 2004).

³⁴ Cfr. ASÚA BATARRITA, *Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma*, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 1 (Universidad de Deusto, Bilbao 2004), pp. 219 ss.

V. PROBLEMAS QUE SUSCITAN LA PRUEBA Y LA APLICACIÓN DEL DELITO DE MALOS TRATOS FAMILIARES

Como ya se señalaba, las críticas al requisito de “habitualidad” en base a la dificultad que suponía para la persecución de estos hechos ha propiciado diversas reformas y finalmente, ha llevado al legislador, por Ley orgánica N° 11/2003, a eliminar el requisito de la habitualidad en el artículo 153 CP., de forma que la habitualidad determina la existencia de tratos inhumanos y degradantes, previstos en el artículo 173.2. CP. La situación anterior conducía a un callejón sin salida puesto que, para poder condenar por violencia familiar, se interpretaba que eran necesarias cinco condenas previas, cada una de las cuales requería a su vez la condena previa, exigiéndose además que los actos violentos cometidos fuesen de la misma naturaleza o análogos, lo que implica que aun cuando un sujeto hubiera sido condenado por una agresión sexual, unas detenciones ilegales, un allanamiento de morada, unas lesiones y unas amenazas no concurriría habitualidad. La reforma del *Código Penal*, por Ley orgánica N° 14/1999, tuvo en cuenta este problema incluyendo en la redacción legal de la violencia familiar un concepto propio de “habitualidad”. Concepto que, por Ley orgánica N° 11/2003, se reproduce en el artículo 173.3. CP., donde se define la “habitualidad” como acreditación de diversos actos de violencia con una cierta proximidad temporal, sin que sea necesario que esos actos hayan sido enjuiciados previamente. Así mismo, se computan como actos de violencia habituales cuando las víctimas sean diferentes, siempre que, por supuesto, se encuentren todas ellas en el entorno familiar.

En la misma dirección, tras la reforma, no es discutible que, en teoría, para que concurra el requisito de la habitualidad no es necesaria la existencia de condenas previas, siendo suficiente con “acreditar” que se han cometidos un cierto número, no determinado, de actos de violencia. El problema sigue siendo, no obstante, cómo se pueden “acreditar” esos actos de violencia, es decir, qué clase de pruebas sobre la existencia de violencia familiar son válidas, ¿la denuncia en Comisaría? ¿la denuncia ante el Juzgado? ¿los certificados médicos? ¿denuncia en Comisaría o en el Juzgado y certificado médico? Estas preguntas, con independencia de las buenas intenciones del legislador en la Ley orgánica N° 11/2003, no tienen respuesta porque, en primer lugar, la mera denuncia, ya sea de la víctima o de terceros, no puede acreditar la existencia de unos hechos; en segundo lugar, los certificados médicos pueden acreditar la existencia de unas lesiones pero no quién las haya causado; en tercer lugar, en sentido contrario, puede existir violencia sin que se produzcan resultados físicos o psíquicos acreditables médicamente. En la actualidad, la presión social,

mediática y del propio Consejo General del Poder Judicial lleva a los jueces a abrir diligencias, e incluso a dictar órdenes de protección, que incluyen la medida de alejamiento, la adjudicación de la vivienda y el régimen de visitas, por la mera denuncia de la víctima, sin ninguna otra prueba concluyente. Están en peligro las garantías: la presunción de inocencia salta por los aires. Al mismo tiempo que se hace casi imposible condenar por el artículo 173.2 CP., máxime cuando los juicios son “rápidos”. “Rápidos” en la instrucción, lo que implica que las diligencias de investigación son mínimas, pero no en el tiempo, ya que los señalamientos pueden demorarse hasta dos años. En consecuencia, padecen lo peor de los juicios rápidos y no de su teórica ventaja, la inmediatez temporal.

En la reforma de 1999 se perseguía castigar como delito conductas que, contempladas de forma individualizada, constituyen únicamente una falta de malos tratos, artículo 617.2 CP., y, por consiguiente, que sólo se podían perseguir previa denuncia del perjudicado y que la pena que pueden llevar aparejada, en general, será de multa, aun cuando era posible la imposición de una pena de tres a seis fines de semana de arresto, en base a que los malos tratos se hubieran producido dentro del entorno familiar o cuasifamiliar referido. Siendo el temor a denunciar que suelen tener las mujeres, niños o ancianos –víctimas/perjudicados– una de las causas que se alegan para justificar la falta de persecución de estas conductas parece, a primera vista, que el evitar la obligatoriedad de la denuncia debería tener consecuencias positivas. No obstante, la poca incidencia de esta reforma pudo deberse en parte a que, como se ha dicho, de acuerdo con las garantías constitucionales que rigen en el proceso penal, es necesario que las víctimas declaren durante la instrucción y testifiquen y ratifiquen en el juicio oral esas declaraciones previas, lo que determina que el obviar la denuncia no sea suficiente para evitar que el miedo les conduzca a no declarar o a modificar sucesivamente sus declaraciones o a no testificar o ratificarlas en el transcurso del juicio oral. La falta de prueba de la existencia de esas violencias, desde el momento en que en la mayoría de casos la única prueba es la testifical de la víctima o de sus familiares, conlleva, de acuerdo con el principio constitucional de presunción de inocencia, la absolución del autor de esas violencias.

Sin embargo, es bien cierto que lo anterior, siendo una de las causas de la ineficacia que tuvo este precepto, no es la única y ni tan siquiera es la fundamental, que podría radicar en la existencia de una enorme reticencia, por parte de la Administración de Justicia y de la policía, a intervenir en el ámbito de la familia, reticencia que tiene a su vez diversos orígenes. Por un lado, la creencia, en base a razones religiosas y consuetudinarias, en que el amor y cariño familiar existen siempre y que en el fondo estas

actuaciones son manifestaciones de este “amor”. Creencia errónea que se ha ido debilitando progresivamente aunque no en todos los aspectos. Los avances y retrocesos en la presunción de amor familiar –la “llamada de la sangre”– se demuestran, por ejemplo, en el empecinamiento de muchos asistentes sociales, psicólogos... en mantener a toda costa a los menores bajo la custodia de sus padres biológicos pese a haberse probado que han sufrido abusos sexuales y/o violencia física y psíquica por parte de aquellos. Sin embargo, las campañas realizadas han surtido efecto y en la actualidad tanto en la policía como en la Administración de Justicia se ha producido una clara sensibilización. En esta dirección se han arbitrado diversos mecanismos, incluso antes de la entrada en vigor y de la implantación de la Ley orgánica Nº 1/2004, *De medidas de protección integral contra la violencia de género*, en la que, entre otras importantes reformas, se creaban los Juzgados de Violencia contra la Mujer. Así por ejemplo, en Alicante y Elche se modificaron las normas de reparto de los asuntos de forma que todos los casos de violencia familiar, o relacionados con ella, recaigan siempre en los mismos juzgados. En otros casos, se facilita a las víctimas un soporte continuado a través de equipos técnicos de ayuda a la víctima, desde la denuncia hasta el juicio oral. Muchas de estas iniciativas se encuentran expresamente reguladas en la Ley orgánica Nº 1/2004, aun cuando todavía no contamos con datos determinantes sobre su eficacia, aunque sí se han llevado a efecto diversos estudios y se sigue investigando en esta línea.

Lo cierto es que tratar de evitar la violencia ejercida dentro del entorno familiar, de la que esencialmente son víctimas las mujeres, los ancianos y los menores, a través de su represión por la intervención del Derecho penal, plantea graves dificultades y, dentro de éstas, un problema de difícil solución como es la prueba de los hechos³⁵. Para que los hechos objeto de juicio se consideren probados en el contexto de un juicio oral, atendiendo a las garantías constitucionales que presiden el proceso penal, es necesario que se produzca una previa sensibilización de todas las partes implicadas. En particular, los principios de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva, o de defensa, adquieren un protagonismo indiscutible en este ámbito. De acuerdo con el principio de presunción de inocencia, la comisión de unos hechos delictivos debe ser probada positivamente por quien acusa y en el caso de que, tras practicar todas las pruebas propuestas, subsistan

³⁵ Esta dificultad se advierte en algunas sentencias en las que se han tenido que probar los hechos a través de indicios por haber cambiado la testifical la víctima, negando en el juicio la realidad de los hechos que en su momento denunció, así por ejemplo, dos sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 6ª, ponente Mª Dolores Balibrea, de 26 de julio de 2003 y de 30 de junio de 2003

dudas en el ánimo del juzgador, éste debe absolver –principio “*in dubio pro reo*”–. Esta prueba fehaciente de la comisión de un delito requiere que las víctimas no se retracten de sus denuncias y mantengan su testimonio, sin vacilaciones ni modificaciones durante los diferentes trámites del proceso, puesto que estos cambios pueden determinar la absolución al hacer surgir dudas en el ánimo del juzgador³⁶.

Ratificándome en la importancia que tiene el testimonio de las víctimas para poder condenar por esta clase de hechos, no quiero obviar las dificultades que la testifical suscita, esencialmente por dos razones opuestas. En un sentido por la necesidad de probar que sea cierto el relato, actuando de forma contundente en el caso de acusaciones o denuncias falsas. En sentido opuesto, por el temor e indefensión en que las “verdaderas” víctimas se encuentran (dependencia económica, síndrome de mujer maltratada, hijos, creencias culturales y religiosa). Por consiguiente, en este segundo caso, es necesario buscar apoyos de distinta índole para facilitar la actuación coherente y contundente de los testigos. Esta ayuda implica la colaboración de los demás intervinientes en el proceso, desde los profesionales sanitarios, vecinos, familiares, hasta la policía a los fiscales, pasando por los jueces de instrucción, que deben actuar con una especial sensibilidad en atención a los condicionantes que se suscitan en los casos de violencia familiar. En el mismo sentido, en el acto del juicio oral se debe propiciar una especial protección de aquellos testigos para los que el testimonio puede resultar más gravoso de lo que representa la condena que puede recaer sobre el acusado.

En todo caso, pese a las retractaciones en el acto del juicio oral por parte de la presunta víctima, y pese a que sólo tiene rango de prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia aquélla que se práctica ante el Tribunal, cumpliendo los requisitos de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, artículo 714 L. Enjuic. Crim. subsiste la posibilidad de que el tribunal forme su convicción con las versiones relatadas por el testigo en fase de instrucción, cuando se han respetados las formalidades legales requeridas para estas declaraciones: presencia del letrado del procesado y sometimiento de sus palabras a la debida contradicción. A ello hay que sumar un cambio sustancial en la forma en que se llevan a efecto las intervenciones policiales, en el sentido de realizar actuaciones que puedan servir con posterioridad en la prueba de los hechos, como puede ser un

³⁶ Cfr. AAP de Barcelona, sec. 10^a, ponente, Santiago Vidal, de 16 julio 2003, que confirma la prisión provisional pese al retractamiento de la víctima por no considerar creíble la segunda versión de los hechos.

reportaje fotográfico del estado en que estaba la vivienda cuando llegaron, fotos de la víctima³⁷.

Unido a lo anterior existe un factor previo que es necesario poner de manifiesto puesto que, desde un punto de vista criminológico y sociológico, ni la actuación de las víctimas en este sentido, ni de la policía ni del poder judicial, tiene posibilidades de éxito mientras no se produzca un cambio de mentalidad acerca de la valoración de esta clase de actuaciones. En este sentido es necesario admitir claramente no sólo la posibilidad sino también la conveniencia de intervenir judicialmente en el seno de familias de hecho o de derecho como única forma de evitar situaciones de convivencia que son negativas para todos. No puede presumirse la existencia de cariño familiar, ni que la familia es algo sagrado que no debe destruirse en ningún caso, sino partir de que las situaciones de convivencia pueden ser coyunturales y no necesariamente de por vida y de que lo esencial es defender los bienes jurídicos fundamentales –vida, salud, dignidad, libertad– de los miembros de ese núcleo familiar. Cuestión diferente es que se valoren las consecuencias negativas que puede conllevar la intervención para poder arbitrar medidas que las atenúen o eliminen.

Así mismo, es imprescindible arbitrar mecanismos de ayuda para las personas que, como consecuencia de la intervención penal, se encuentran desamparadas, especialmente, desde una perspectiva económica³⁸. Sin embargo, no se pueden adoptar posturas simplistas, en el sentido, de que estas situaciones de violencia familiar se soportan, exclusivamente, por motivaciones económicas, en base a carecer las “víctimas” de medios propios de subsistencia que les permitan independizarse, puesto que en muchas ocasiones la causa de la situación es la dependencia psíquica en que se encuentran las víctimas. Por consiguiente, una correcta actuación en este ámbito debe pasar por comprender cuáles son los motivos por los que se ha llegado a la violencia en orden a arbitrar las medidas adecuadas. En este contexto, también hay que tener claro que lo peor no es siempre la violencia física sino la psíquica y, en consecuencia, no minusvalorar la concurrencia de la segunda.

El problema es muy complejo desde el momento en que, como decía,

³⁷ La modificación del artículo 13 L. Enjuic. Crim. por la Ley N° 27/2003, parece estar orientado en este sentido, al considerar como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer.

³⁸ En este sentido la Ley N° 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la *Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, trata de solucionar este aspecto possibilitando al juez penal, previa audiencia de las partes, acordar medidas cautelares de naturaleza civil, que pueden consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda, régimen de custodia y visitas de los hijos, prestación de alimentos[...]

las situaciones de dependencia se reproducen en contextos en los que no existen razones económicas para ello, por ser las “víctimas” independientes, desde un punto de vista profesional o laboral. El hecho de que hayan existido vínculos afectivos, muchas veces no superados pese a la violencia ejercida por la pareja, o/y la existencia de hijos comunes, conlleva que sean situaciones que difícilmente puedan romperse sin que ello conlleve problemas psicológicos graves. La ayuda psicológica a las víctimas, junto a la ayuda económica o laboral en su caso, puede servir para superar satisfactoriamente la ruptura y sólo entonces la intervención del Derecho penal puede ser eficaz y estar legitimada. La imposición de penas al culpable, ya sean privativas de libertad, privativas de derechos o de multa, si no van acompañadas de actuaciones paralelas en los ámbitos referidos sólo contribuyen a un deterioro mayor de la situación de convivencia y, en consecuencia, propician la continuidad en la violencia.

Si partimos de la premisa de que el Derecho penal sólo se legitima en cuanto cumple finalidades preventivas y ostenta una función de exclusiva protección de bienes jurídicos³⁹, la intervención penal no estaría legitimada y, en todo caso, no es eficaz cuando no cumple su finalidad preventiva y la función que se le atribuye, tal y como sucede cuando la condena penal no va acompañada de actuaciones paralelas en el ámbito de la llamada “violencia familiar”. Por el contrario, desde la perspectiva de la retribución como legitimación de la intervención penal⁴⁰, sería posible castigar sin tomar en consideración ni las consecuencias negativas ni la ineficacia de la intervención penal, puesto que la condena, desde la perspectiva retribucionista, tiene como única finalidad el castigo por unos hechos desvalorados por el Derecho. Sin profundizar en esta discusión, lo que escaparía con mucho del objeto de este artículo, lo que es innegable es que la legislación penal española vigente, y la *Constitución*, responde a criterios preventivos no retributivos, lo que se demuestra por la existencia de instituciones como

³⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (7^a edición, Barcelona 2004), pp. 49 ss., en relación con las distintas teorías de la prevención según las cuales la finalidad de prevenir delitos es un medio de protección de determinados intereses sociales. En general, la que puede considerarse doctrina mayoritaria, identifica, en mayor o menor grado, utilitarismo y prevención de delitos.

⁴⁰ Las teorías de la retribución, con fundamentos éticos (Kant) o jurídicos (Hegel), atribuyen al Derecho penal la función de realización de la Justicia. En la actualidad estas teorías, que se habían considerado superadas, están adquiriendo un renovado auge, especialmente en Alemania. En este sentido: VON HIRSCH, *Censurar y castigar* (traducción de Larrauri, Madrid, Trotta, 1998), defiende este nuevo retribucionismo, que ha recibido el nombre de “doctrina del merecimiento”, por lo que sigue la misma línea de utilización del Derecho penal con el fin de restablecer el equilibrio roto por el delito, en resumen, por el fin de realización de la justicia.

la condena condicional, con las posibilidades de perdón o indulto, con el hecho de requerir denuncia o querrela del perjudicado para perseguir determinados delitos...

En consecuencia, se puede afirmar que la intervención del Derecho penal en el ámbito de los “malos tratos familiares”, como en cualquier otro caso, no se justifica por la mera realización de la Justicia, sino que requiere legitimarse a través de su eficacia y utilidad y requiere, así mismo, cumplir con las garantías constitucionales, en especial, la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Existe una peligrosa tendencia del actual Derecho penal en el sentido de crear ámbitos a los cuales, por la presión de la opinión pública o por otras razones, se les considera “libres de garantías” en base a un peligro real, pero exacerbado por diversas razones, y en aras de una pretendida eficacia. En este sentido es discutible afirmar la eficacia de estas medidas por el aumento exponencial del número de denuncias, puesto que tendríamos que preguntarnos si realmente se están denunciando las situaciones más graves o si, en algunos casos, no se está haciendo un uso fraudulento con miras a conseguir unas mejores condiciones en un proceso de separación o divorcio.

VI. REFORMAS PROCESALES Y MEDIDAS CAUTELARES. LA MEDIDA DE ALEJAMIENTO

En la reforma operada por Ley orgánica Nº 14/1999 ya se adoptaron medidas que pretendían paliar algunos de los problemas mencionados. En concreto se suprimió la necesidad de denuncia en los supuestos de faltas de forma que, en todos los supuestos de “violencia familiar”, fuera posible el ejercicio de oficio de la acción penal. En consecuencia, en estos casos, el procedimiento se podía incoar sin necesidad de denuncia del perjudicado, en el momento en que la policía, la Fiscalía o el Juzgado de Instrucción tenga conocimiento de la perpetración de unos hechos de estas características. No obstante, en tanto no se han creado Tribunales y Fiscalías especializados en la persecución de esta delincuencia seguía siendo muy difícil que se incoara de oficio un procedimiento de estas características. Esta cuestión fue abordada por Ley orgánica Nº 1/2004, *De medidas de protección integral de la violencia de género*, con la creación de los llamados Juzgados de Violencia de Género, Fiscalías especializadas en cada Tribunal Superior de Justicia y unidades especializadas dentro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluyendo las autonómicas y las locales.

Más importante que lo anterior, en relación con el problema de la prueba en el proceso, son las modificaciones introducidas en la *Ley de*

Enjuiciamiento Criminal respecto de la prueba testifical. En este sentido la Ley orgánica N° 14/1999, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, supuso un cierto cambio respecto de la anterior situación. Los principios de oralidad, intermediación y contradicción que presiden el juicio oral habían sido entendidos de forma que la testifical requería siempre de una situación de contradicción real entre acusado y testigo⁴¹ exigiéndose, en consecuencia, que la testifical se llevase a efecto en el mismo acto del juicio oral con la presencia efectiva del testigo. La reforma de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, por Ley orgánica N° 14/1999, posibilita que no sea necesaria una confrontación visual entre acusado y testigo, pudiendo utilizarse incluso medios audiovisuales, aun cuando se limita esta posibilidad a los supuestos en los que el testigo es un menor. Así mismo, se regula, como se reconoce en la propia “Exposición de Motivos” de esta ley, que la práctica de careos cuando el testigo sea menor de edad pase a tener carácter excepcional. La excepcionalidad de los careos y de la confrontación visual de acusado y testigo, podrían ampliarse y permitirse en aquellos casos en los que concurren pruebas de una especial situación de dependencia psíquica, o de temor racional y justificado, entre el acusado y el testigo, aunque éste no sea menor de edad. Aun cuando esta situación se produce generalmente respecto de la mujer testigo/víctima, pienso que no debería plantearse en términos de género sino de vulnerabilidad contrastada.

Otra cuestión que reviste una especial importancia, en el ámbito de los malos tratos familiares, es la posibilidad de promover la imposición de medidas cautelares como el alejamiento o, en su caso, la prisión provisional y de imponer penas que supongan el alejamiento entre víctima y acusado que ha sido tomada en consideración por la Ley orgánica N° 11/2003 y por la Ley N° 27/2003, reguladora de la protección de las víctimas de violencia doméstica. La regulación y aplicación efectiva de estas medidas cautelares, es decir, previas a la sentencia, o de estas penas o medidas de seguridad que se cumplen conjunta o sucesivamente con la pena de prisión es necesaria para que la intervención penal en la represión de los malos tratos familiares sea eficaz y no produzca perjuicios mayores⁴². En este sentido, la reforma de junio de 1999 ya introdujo en el *Código Penal*, como pena principal,

⁴¹ En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de junio de 1998, en la que se anula una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona porque la única prueba de cargo, la testifical del menor, víctima de agresiones sexuales por parte de su padre, no se había realizado con una confrontación real entre acusado y víctima.

⁴² Sobre la naturaleza de la medida de alejamiento, el Tribunal Supremo, en algunas sentencias, por ejemplo las N° 369/2004 y N° 110/2000, la considera como “una medida de seguridad complementaria de la pena o de una pena que supone una medida de seguridad”.

pena accesoria y medida de seguridad, las prohibiciones de aproximación o comunicación con la víctima, y en la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* una serie de medidas de carácter preventivo que se pueden adoptar durante la tramitación del proceso.

La medida de alejamiento fue prevista especialmente para los supuestos de violencia doméstica en la reforma de 1999, de forma que pudiera ser aplicada en tres momentos distintos del proceso. En tanto pena principal, pena accesoria y medida de seguridad podrá ser impuesta en la sentencia y, en el caso de la medida de seguridad, también con posterioridad a ésta, durante su ejecución. Como medida cautelar podrá imponerse durante la tramitación de procedimiento, con carácter previo al juicio oral y a la sentencia. La medida de alejamiento, en tanto pena principal deberá imponerse en el fallo de la sentencia y está prevista en los artículos 33.3 f) y 4. b) bis, 39 f), 48 CP., modificados por la Ley orgánica N° 14/1999. Como pena accesoria se prevé en el artículo 57 CP., en cuyo caso se podrá imponer por el Juez o Tribunal en la sentencia, junto a la pena principal, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, las agresiones sexuales, la intimidación, el allanamiento de morada.

La medida de alejamiento, en tanto medida de seguridad, está prevista en el artículo 105 g) CP. y supone la prohibición de acercarse o de comunicarse con la víctima, o con los familiares u otras personas que el Juez o Tribunal determinen. Esta medida el juez la puede imponer en el propio fallo de la sentencia condenatoria o durante la ejecución de la misma, pero en ningún caso el tiempo podrá ser superior a cinco años. La medida de alejamiento comprende tres prohibiciones: a) privación de residir en determinados lugares o acudir a ello; b) prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos familiares u otras personas que determine el juez o tribunal; c) prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. La imposición de la primera prohibición implica impedir al condenado acudir al lugar de comisión del delito o al que resida la víctima o su familia; la segunda supone la prohibición de acercarse al domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la víctima o su familia; la tercera impide al condenado establecer comunicación con la víctima, familiares u otras personas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático y tener contacto escrito, verbal o visual. Tras las reformas del *Código Penal* por la Ley orgánica N° 7/2003 y la Ley orgánica N° 15/2003, se amplía la duración, su cumplimiento puede ser simultáneo con la prisión o aplicable una vez cumplida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos

u otros beneficios penitenciarios y la pena deja en suspenso el régimen de visitas y comunicación con los hijos que no vivan con ellos.

La medida de alejamiento, en tanto medida cautelar, puede ser una medida idónea para evitar perjuicios en los menores, de acuerdo con el artículo 153 CC., pero también puede ser una medida cautelar que, con carácter general, sirva a la protección de las víctimas. La adopción de esta medida estaría amparada por el artículo 13 L. Enjuic. Crim., en relación con el artículo 544 bis, tras la reforma operada por la Ley orgánica N° 14/1999, y, en mayor medida, tras la reforma operada por la Ley N° 27/2003. En el artículo 13 L. Enjuic. Crim. se señalan como primeras diligencias que ha de practicar todo órgano judicial que conozca de una causa la de “*dar protección a los perjudicados*”. Estas medidas de protección podrían consistir, por tanto, en prohibir al denunciado el acudir a determinados lugares, en prohibirle acercarse a la víctima o comunicarse con ella. El requisito para poder imponer alguna medida cautelar de protección a los perjudicados es que conste la existencia de un hecho que revista la característica de delito de los previstos en el artículo 57.1. CP., entre los que están previstos genéricamente los de lesiones y, por tanto, el de “*violencia familiar habitual*”, que se encuentra ubicado en el título 3° del CP., cuyo epígrafe es “*¡De las lesiones!*” De acuerdo con el artículo 544 bis, introducido por Ley orgánica N° 14/1999, en estos casos el juez o tribunal podrá acordar la imposición de alguna de las prohibiciones referidas –acudir a determinados lugares o aproximarse o comunicarse a determinadas personas–. La imposición de estas medidas cautelares estaba prevista también de forma alternativa, por consiguiente, de acuerdo con la letra de la ley, sólo se podía imponer una de ellas, con los problemas que esto supone al no lograrse de esta forma la finalidad pretendida. Respecto del supuesto de incumplimiento de la prohibición el mismo precepto posibilita al juez o tribunal la adopción de otras medidas que, textualmente, se afirma “*impliquen una mayor privación de su libertad personal*”, con lo que puede interpretarse que se faculta al Juez para la aplicación de la medida de prisión preventiva.

No obstante, el problema más grave surge a partir de la modificación del artículo 57.2 CP., por Ley orgánica N° 15/2003, que obliga al Juez a imponer la medida de alejamiento del artículo 48.2⁴³, “en todo caso” cuando exista una relación entre autor y víctima análoga a las previstas

⁴³ Artículo 48.2: “*La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, 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 ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena*”.

en el artículo 173⁴⁴. Pena-medida que además puede imponerse a cumulativamente con otras prohibiciones previstas en el artículo 48 CP. La imperatividad del precepto ha suscitado diversos recursos de inconstitucionalidad del referido precepto⁴⁵, tanto por el carácter obligatorio de su imposición como por el abanico de supuestos de muy diferente gravedad en los que debe imponerse, hechos que van desde conductas aisladas, de los artículos 153, 171.4.5 y 6 y 172.2, a las habituales del artículo 173.2. No conviene olvidar que esta pena/medida comporta una importante lesividad, no tan nimia como el nombre parece indicar, ya que lesiona derechos fundamentales. Si se cumple estrictamente, en muchos casos, supone en la práctica una pena de destierro, pena que en el *Código Penal* de 1995 se suprimió por ser contraria a la *Constitución*. Ello es así porque en determinados supuestos el alejamiento determina que el condenado no pueda vivir en su localidad o incluso deba cambiar de trabajo. Una interpretación restrictiva de los artículos 153, 171.4.º y 5.º y 172.2, podría “salvar” de *lege lata* estas cuestiones puesto que los supuestos en los que se ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad entiendo que no se había lesionado el específico bien jurídico protegido en estos delitos, puesto que no existía ni situación de dominio/miedo ni intención de crearla⁴⁶. Con

⁴⁴ Artículo 57.2 “[...] cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados, se acordará en todo caso la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de 10 años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior”

⁴⁵ En entre otros, auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 20 mayo 2005 y auto del Juzgado de lo Penal N.º 20 de Madrid, de 29 junio 1995. En general, en estos autos se otorga una especial relevancia a la lesión de derechos de la propia víctima a la que se le limitan extraordinariamente sus derechos, sin que se trate de un caso en que efectivamente exista un pronóstico de reiteración del hecho violento, sino por el contrario, cuando consta que dadas las circunstancias este peligro es inexistente o al menos muy improbable. Incluso en el caso de Valladolid se trata de una pareja de novios que discutía en la calle, la policía intervino ya desde el primer momento contra su voluntad y en todo momento la “víctima” ha reiterado que se trataba de una discusión de pareja y que ella quiere seguir con la relación.

⁴⁶ Esta es la doctrina adoptada por la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, entre otros tribunales, a partir de la sentencia de 15 de noviembre de 2004,

esta interpretación, en esos casos no se debería haber condenado por esos preceptos sino por las correspondientes faltas y, en consecuencia, no era obligatorio imponer la medida de alejamiento.

A estos problemas, derivados de la redacción legal, se suman las dificultades que entraña asegurar su cumplimiento. Las propuestas de poner un guardaespaldas a cada una de las víctimas respecto de las que hay una orden de alejamiento es inviable por los costos que conlleva, sobre todo teniendo en cuenta que tampoco con esa medida se aseguraría la indemnidad de la víctima. Las dificultades de seguimiento en la aplicación de la pena/medida de alejamiento han sido abordadas en el artículo 64 de la Ley orgánica N^o 1/2004, posibilitando la utilización “*de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento*”. Cuestión diferente es que se faciliten los medios y que se acuerde su utilización, problema al que se suma el relacionado con el quebrantamiento de esta pena/medida con el consentimiento de la víctima. El problema concreto que este quebrantamiento suscita viene derivado del hecho de que se adopta en casos en los que subsisten vínculos muy fuertes entre autor y víctima y, en ocasiones a ello se suma la concurrencia de un error de prohibición. Sucede, especialmente, cuando el “acercamiento” viene propiciado por la propia víctima que es quien se acerca o le llama, o en su caso consentido, y en esos supuestos el condenado desconoce que, pese a la voluntad de la víctima de que se reúna con ella y/o sus familiares, no puede hacerlo. Por ello es necesario poner en su conocimiento el significado exacto de la medida de alejamiento, haciéndole saber que cualquier acercamiento, sea cual sea la actitud de la víctima, debe ser autorizado por el juez, puesto que en caso contrario constituye un delito de quebrantamiento agravado del artículo 468.2 CP.

La pena de localización permanente podría ser un magnífico sustitutivo no solo de las penas cortas privativas de libertad sino también de la pena y medida de alejamiento y de la prisión preventiva. No obstante, al tener una duración máxima de 12 días las posibilidades de sustitución son muy limitadas, excepto como sustitutiva de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. Se me escapa cuál es la razón por la que habiendo introducido una pena/medida que, atendiendo a los medios técnicos con los que hoy contamos, podría cumplir perfectamente con los fines asigna-

en la que confirma la absolución, en base a que: “*para que las conductas integradas en el vigente artículo 153 del CP. puedan integrar el delito allí establecido y no las faltas que se describen, la acción deberá lesionar más allá de la integridad física y deberá ser instrumento de discriminación, dominación o subyugación de alguno de los sujetos que comprende. En otro caso, la sanción penal deberá limitarse a la falta de lesiones, al maltrato o a la amenaza que definen los arts. 617 y 620 del CP.*”

dos al Derecho penal y a la pena, simultáneamente, se haya introducido de una forma tan tímida. La localización permanente permite mantener la seguridad –protección de bienes jurídicos–, con un coste mínimo, y al mismo tiempo evitar la desocialización inherente a la pena de prisión, en general, y a las pena corta privativa de libertad, en particular.

VII. MEDIDAS DE NATURALEZA CIVIL

La Ley N° 27/2003, modifica el artículo 13 L. Enjuic. Crim., introduciendo la posibilidad de acordar la Orden de protección, que se crea en la misma ley, a través de la introducción del artículo 544 ter L. Enjuic. Crim. En este precepto, se regulan las formalidades que deberán seguirse para aplicar la Orden de protección que supone la posibilidad de adoptar, junto a las medidas cautelares de naturaleza penal, otras de carácter civil. Entre estas medidas se incluye el otorgamiento del uso y disfrute de la vivienda familiar, la guarda y custodia y el régimen de visitas de los menores y alimentos. La intromisión que ello supone en la jurisdicción de familia ha sido muy criticada lo que ha llevado, por Ley orgánica N° 1/2004, a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, de acuerdo con el artículo 44 de la Ley orgánica N° 1/2004, que introduce el artículo 87 ter Ley orgánica N° PJ. De acuerdo con este precepto estos Juzgados tienen competencia en el orden penal respecto de todos aquellos delitos contra bienes jurídicos personales que se produzcan entre los miembros de la “unidad familiar”, entendida en los términos del artículo 173.2 CP., incluidas las faltas contra las personas, así como de los delitos contra los derechos y deberes de la familia y de la adopción de la Orden de protección. A estas competencias se suman en el orden civil los relativos a relaciones de paternidad, maternidad y filiación, los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio, así como los relativos a la guarda y custodia, alimentos de menores, como aspectos más relevantes. Se establece, así mismo, la competencia exclusiva y excluyente de estos Juzgados en el orden civil cuando tengan por objeto cuestiones relativas a nulidad, separación o divorcio y cuando alguna de las partes en el proceso civil sean autor, víctima o parte en un proceso penal por violencia doméstica.

Las modificaciones introducidas por Ley N° 27/2003, en particular, la Orden de protección, debe ponerse en relación con lo previsto en la Ley orgánica N° 1/1996, de 15 de enero, de *Protección jurídica del menor*, que reforma el artículo 153 CC., y permite al juez la adopción de las medidas cautelares –es decir, durante la tramitación del proceso– que estime oportunas para apartar a los hijos menores de cualquier peligro o para evitarles perjuicios derivados de la relación de filiación. Esta previsión

se establece tanto para el proceso civil –incluidos los expedientes de jurisdicción voluntaria– como para el procedimiento penal. De acuerdo con este precepto el Juez o Tribunal tiene la potestad de adoptar cualesquiera medidas, siempre que sean idóneas y necesarias para evitar perjuicios a los menores y de acuerdo con las limitaciones establecidas constitucionalmente para la imposición de medidas de privación de libertad.

La creación de un Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, puede ser positiva pero lo realmente necesario es la actuación conjunta de las fuerzas de seguridad y de los tribunales. Son necesarios protocolos de actuación que armonicen las actuaciones de las distintas fuerzas de Seguridad, Policía locales, Policía nacional, Guardia civil. Es imprescindible también la comunicación entre los tribunales de forma que no se produzcan disfunciones de forma que se utilice el proceso penal para “facilitar” un convenio de separación o que existan procedimientos diferentes en distintos juzgados respecto de las mismas personas. Estas cuestiones han sido abordadas por la Ley orgánica N^o 1/2004, artículos 31 y 32, aun cuando estos preceptos tiene todos los elementos de una declaración programática de intenciones sin que se aborde cómo va a llevarse a efecto su efectiva implantación.

VIII. CONSIDERACIONES POLÍTICO-CRIMINALES SOBRE LA LEY ORGÁNICA N^o 1/2004, DE “MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO”

Desde una perspectiva político-criminal es positivo, en principio, el hecho de que tenga un enfoque multidisciplinar, estableciendo previsiones dirigidas a proteger a las víctimas otorgándoles derechos en el ámbito laboral, económico, de educación, así como los aspectos civiles del ámbito familiar. No obstante, todas estas medidas requieren contar con los medios adecuados para que sean efectivas y entraña graves peligros de utilización fraudulenta. Peligro que, en general, se plantea a partir de la situación discriminatoria que generan estas leyes. Discriminación positiva respecto de la mujer que, en tanto en cuanto se limita a ámbitos sociales y educacionales es relativamente discutible pero que trasladada al orden penal plantea una situación muy diferente, entre otras cuestiones, esencialmente las relacionadas con los principios de igualdad y proporcionalidad, las relativas a si una mayor incriminación del autor puede calificarse como discriminación positiva para la mujer.

Desde una perspectiva de técnica legislativa, esta reforma es mejor que la anterior, por la regulación sistemática de las amenazas y coacciones, con

la creación de los apartados 4, 5 y 6 en el artículo 171 y un apartado 2 en el artículo 172. No obstante, se me plantean dudas de diversa índole: ¿en el caso de las amenazas al constituir delito deberán seguir procedimiento de jurado o es preferente la competencia de los Juzgados de Violencia contra la Mujer, conforme a la Ley orgánica N° 1/2004? ¿por qué en el artículo 171.4 párrafo 1° sólo puede ser autor el hombre y víctima la mujer y en los otros supuestos no se da esta limitación? ¿por qué en el caso de persona vulnerable, artículo 171.4 párrafo 2°, se exige convivencia y en el primero no? ¿por qué es mucho mayor la pena de las amenazas del artículo 171.4, cuando se trata de amenazas leves sin armas, que la del artículo 171.5, en el que se requieren armas o instrumentos peligrosos?⁴⁷ ¿por qué se prevé una agravación en las lesiones y no en el allanamiento de morada, en las detenciones ilegales o en los delitos contra la libertad sexual?

No obstante, el problema de fondo que afecta a la constitucionalidad de esta normativa se condiciona a aceptar la finalidad de protección del mismo bien jurídico que en el artículo 153. CP. Por consiguiente, la solución a los problemas concursales entre las faltas de amenazas y coacciones en el ámbito familiar y el artículo 173.2 deberá ser la misma que la indicada entre las faltas de lesiones y malos tratos y el artículo 173.2 CP. Así mismo es discutible la nueva redacción del artículo 148, con la creación de los apartados 4° y 5°, que agravan la pena cuando la víctima sea la mujer o ex mujer, o análoga relación aun sin convivencia y cuando sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Especialmente porque ya está prevista como agravante que la víctima sea menor o incapaz, en estos casos si la víctima es menor o incapaz y además convive con el autor ¿se puede aplicar esta agravación conjuntamente con la agravante genérica de abuso de superioridad o la mixta de parentesco?

Como ya se ha señalado, una cuestión conflictiva, en cuanto ha desnaturalizado la Ley orgánica N° 1/2004, concebida como *Ley integral contra la violencia de género*, es la de haber introducido los supuestos de persona vulnerable, lo que escapa del concepto de violencia de género y, por consiguiente, también de la pretendida justificación de su tratamiento diferenciado. Parece evidente que esta modificación se fundamentó, en parte, en las críticas que se vertieron en el sentido de que la Ley, tal como estaba prevista, podría ser inconstitucional, por infracción del principio de

⁴⁷ Se ha planteado un recurso de inconstitucionalidad por el Juzgado de lo Penal N° 1 de Murcia, respecto del primer párrafo del artículo 171.4. CP., tras la reforma operada por Ley orgánica N° 1/2004. El auto considera que este precepto conculca los principios de proporcionalidad, artículos 25, 17.1, 9.3 y 24.2, el derecho a la igualdad, artículo 15 C.Pol., el derecho a la presunción de inocencia, artículo 24.2 C.Pol. y el derecho a la dignidad de la persona, artículo 10.1 C.Pol.

igualdad. Para un sector de la doctrina, sin embargo, la especial protección de las personas vulnerables es insuficiente, al estar prevista únicamente respecto de aquéllas que convivan con el autor, señalando que debería comprender también la protección de aquellas personas vulnerables que convivan con la víctima, como sería el caso del maltrato a los hijos que viven con la madre. Lo cierto es que, en general, en las reformas penales en materia de violencia doméstica y, por supuesto también, en el caso de la introducción de las personas vulnerables, por Ley orgánica N^o 1/2004, se ha actuado con mucha precipitación, acumulándose reforma sobre reforma, por motivos, muchas veces, estrictamente electoralistas.

En relación con los problemas de inconstitucionalidad derivados de la discriminación positiva para la mujer que suponen las previsiones de la Ley orgánica N^o 1/2004, hay que diferenciar entre las medidas penales y las de otro orden, en especial, el social. Desde la perspectiva del Derecho del trabajo, la constitucionalidad de la discriminación positiva no ofrece actualmente prácticamente discusión⁴⁸. Sin embargo, esta cuestión no es tan fácil de resolver cuando la discriminación positiva afecta al orden penal. Al respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (caso “Kalanke”), que se ha alegado en favor de la constitucionalidad de la Ley orgánica N^o 1/2004, siendo cierto que afirma la legitimidad de medidas de acción positiva, tanto cuando se dirigen a garantizar la igualdad de oportunidades como cuando inciden en la inserción social de los miembros de colectivos tradicionalmente desfavorecidos, está refiriéndose a discriminación positiva en la contratación y promoción, es decir, en el orden social. No olvidemos que el ordenamiento laboral surge como rama autónoma del Derecho a partir de su separación del Derecho civil y mercantil, precisamente con el principio básico de favorecer a los miembros más débiles en una contratación.

La regulación del quebrantamiento de condena, artículo 468.2 CP., en los casos de violencia doméstica o de género es otro de los puntos, desde mi punto de vista, criticable por dos razones. En primer lugar, porque la agravación prevista no siempre estará justificada, muy especialmente en determinados supuestos de quebrantamiento de la medida de alejamiento, en los que ni tan siquiera se justifica castigar por el tipo básico de quebrantamiento. En segundo lugar, porque no queda claro en qué supuestos es aplicable esta agravación ¿siempre que exista una relación entre autor y víctima, de las previstas en el artículo 173.2, sea cual sea el

⁴⁸ Sobre la constitucionalidad de la discriminación positiva de la mujer en el ámbito laboral, ampliamente, SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer* (Madrid, CES, 1999), *passim*.

delito cometido? ¿sólo en los supuestos en que se hace referencia expresa a esa relación?, y en ese caso, ¿por qué es más grave el quebrantamiento de una condena por lesión o amenaza leve entre familiares y no por violación, detención ilegal?

Por último, volver a recalcar la anomalía que supone que una legislación que pretende proteger a la mujer y, en su caso, a las personas vulnerables que, especialmente, serán los menores, no contemple conjuntamente la violencia sexual. Violencia sexual que, en muchos casos, es inescindible de la física y psíquica. No siendo posible, en el contexto de este trabajo, entrar a analizar los delitos contra la libertad sexual me voy a limitar a señalar dos aspectos que, desde la perspectiva abordada son esenciales. En primer lugar, el hecho de que no se diferencien, en el ámbito sexual, los supuestos en los que la violencia tiene su origen también en la voluntad de dominio a la que me he referido. La segunda cuestión, tiene un alcance más general, pero conectado con el anterior. Se trata de que en los delitos contra la libertad sexual, tanto de agresión, como incluso más aún de abusos, no se diferencian supuestos que, desde mi punto de vista, revisten una especial gravedad. Esta cuestión tiene luego reflejo en la alarma social que provocan ciertas agresiones sexuales y que tiene como consecuencia, otra vez, un aumento generalizado de las penas y/o de su aplicación efectiva, sin tener en cuenta las diferencias a las que me refiero. Diferencias que estriban, esencialmente, en las circunstancias concretas concurrentes puesto que no es discutible que cualquier acto de naturaleza sexual sin el consentimiento de la víctima supone una agresión ilegítima y, en consecuencia, un ilícito penal, no todas ellas tienen el mismo desvalor. En este punto puede ser muy interesante una encuesta de victimización para valorar la gravedad del injusto en unos u otros casos. A las dos críticas anteriores, hay que sumar, aun cuando como decía, sólo lo menciono, la desastrosa técnica legislativa utilizada que da lugar, entre otros problemas, a concursos de leyes irresolubles y a penas que no se corresponden con la verdadera gravedad del injusto.

IX. POSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE DELITOS TRADICIONALES A LOS SUPUESTOS ENJUICIADOS

Desde una perspectiva estrictamente penal, la solución a la violencia de género y/o doméstica no puede fundamentarse, al menos exclusivamente, en la conversión de cualquier conducta en delito de “violencia familiar” o “malos tratos familiares”, puesto que en muchos casos la existencia de estos preceptos, por la importancia política y mediática de esta legislación, lleva a confundir la verdadera naturaleza de los hechos enjuiciados. Ello

con independencia de la importancia que pueden tener determinados mecanismos previstos en la Ley orgánica N^o 1/2004, especialmente, en relación con las medidas de atención a la mujer, en aspectos educativos, sociales y asistenciales, para ayudarla a salir de la situación a la que se ha visto sometida. Por consiguiente, desde la perspectiva penal la solución pasa porque la sociedad y, especialmente las instituciones más directamente implicadas en el tema, contemplen estos hechos objetivamente, olvidando consideraciones de vinculación familiar, con independencia de que la existencia de este vínculo pueda conllevar una agravación de la pena o pueda ser tomada en consideración en la determinación de la clase y medida de la pena a aplicar, por supuesto dentro de los límites legalmente establecidos, así como en arbitrar medidas para ayudar a las víctimas.

Y pienso que éste es efectivamente el camino que antes de las últimas reformas, por vez primera, se empezó a seguir por fiscales y jueces de instrucción, al calificar conductas de agresión graves y reiteradas sobre la mujer como tentativa de homicidio o las vejaciones continuadas a un menor como lesiones. Creo que ésta es la línea a seguir y en ningún caso es admisible, como sucede con la calificación como “violencia familiar” de supuestos de homicidio, lesiones, amenazas..., que la existencia de un vínculo familiar o de convivencia conlleve una calificación más benévola de los hechos, tal y como en ocasiones vemos que está sucediendo tras las últimas reformas.

Las ventajas de la aplicación de los delitos tradicionales son múltiples, la esencial y de fondo por cuanto sólo así se está tomando en consideración la verdadera gravedad jurídico-penal de esta modalidad de violencia. La segunda razón, y no por ello menos importante en la práctica que la anterior, proponer la calificación de estos hechos como lesiones, amenazas, tiene un fundamento político-criminal, por cuanto, para los distintos operadores jurídicos siempre es más fácil la aplicación de delitos cuyo contenido, interpretación y significado se conoce sobradamente, por existir abundante jurisprudencia y doctrina al respecto. Un tercer motivo, también esencial, que avala esta solución es la posibilidad de dictar prisión preventiva, cuando la gravedad del hecho lo requiere por el riesgo de reiteración, prisión preventiva. La solución no puede pasar por la “subsanción” tajante de esta cuestión en las últimas reformas que prevén la prisión preventiva en supuestos en los que su justificación es más que discutible.

Por el contrario, las dificultades de aplicación de los delitos clásicos, alegadas para justificar la creación de los delitos de “violencia de género”, en gran medida son ficticias, por cuanto para castigar por un delito de amenazas o coacciones, no es necesaria denuncia, ni habitualidad y lo mismo sucede respecto de los delitos de lesiones o de la tentativa de ho-

micidio, todos ellos perseguibles de oficio por los funcionarios que tengan conocimiento de la perpetración de alguna de estas conductas.

Fundamentar la creación de los delitos de “violencia de género”, en base a que con ello se castiga como delito lo que únicamente sería una tentativa de lesión o una falta de lesiones, por no concurrir un resultado de lesión que requiera de tratamiento médico-quirúrgico, o una falta de malos tratos por no existir menoscabo físico, tampoco está justificado, por cuanto, en muchos casos ya se han producido lesiones que requieren el mencionado tratamiento, o se ha producido una grave alteración psíquica –lo que también constituye delito de lesiones– o, en último caso, se han producido amenazas graves constitutivas de delito. Como ya se ha puesto de manifiesto, con la nueva legislación puede suceder que sirva para castigar más levemente en relación con la gravedad del injusto que materialmente se ha realizado. Y, en sentido, contrario, castigar en exceso conductas con un desvalor mínimo.

Por poner algunos ejemplos, a partir de los marcos legales previstos, que se concretan en atención a las concretas circunstancias de cada caso, la pena prevista para las amenazas graves pueden ir de seis meses a cinco años de prisión, en el caso de que se imponga una condición, como sucede muchas veces en este ámbito, sería una condición, por ejemplo, pretender que la mujer deje el trabajo; por unas detenciones ilegales la pena puede ir de los dos a los seis años de prisión; por el allanamiento de morada la pena sería de seis meses a cuatro años de prisión; por unas lesiones tipo básico de seis meses a doce años; por agresiones sexuales de uno a doce años, mientras que la pena prevista para el delito de “malos tratos familiares”, en el que se requiere “habitualidad”, artículo 173.2. CP., es de seis meses a tres años y cuando no exista habitualidad de tres meses a un año, artículo 153 CP.

La regulación positiva y la interpretación y aplicación de los delitos de lesiones está directamente relacionado con los problemas de persecución de muchos supuestos calificados como “malos tratos familiares” o “violencia de género”. Problemática relativa a los delitos de lesiones que podríamos extrapolar a otras situaciones de violencia⁴⁹. En especial, la interpretación jurisprudencial de los requisitos legales de tratamiento médico y asistencia facultativa y la concepción de los delitos de lesiones no como “delitos de

⁴⁹No obstante, un importante sector doctrinal entiende como relativamente satisfactoria la actual regulación, con algunos pequeños reproches (en relación con la eficacia del consentimiento, básicamente); en este sentido: DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS - GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I: Título I a VI y faltas correspondientes* (Valencia 1998), pp. 323-325; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte especial* (13ª edición, Valencia, 2001), pp. 107 ss.

resultado”, es decir, como delitos en los que se describe un resultado y no las conductas típicas, sino como delitos cualificados por el resultado. Cualificación por el resultado proscrita en el *Código Penal* de 1995, en los artículos 5 y 10, por ser expresión de una responsabilidad objetiva que no cabe en un Derecho penal que pretende ser democrático y garantista. Una de las graves consecuencias que se derivan de esta interpretación se aprecia en el hecho de que, para muchos operadores jurídicos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y sobre todo en la Fiscalía, no cabe castigar la tentativa de lesiones. Los argumentos, generalmente, son de dificultad de prueba respecto al concreto tipo de lesiones que se debería de aplicar al no haberse producido el resultado o ser éste menor a lo que *ex ante* sería previsible. Las dificultades aludidas en ningún caso serán mayores que las suscitadas por la tentativa de homicidio, por otra parte otro delito de resultado, y su diferenciación respecto de un delito consumado de lesiones. Por consiguiente, para la tentativa de lesiones serían de aplicación los mismos criterios interpretativos elaborados por la jurisprudencia en relación con la distinción entre tentativa de homicidio y lesiones. Dependiendo de la gravedad de la conducta, desde una perspectiva *ex ante*, es decir, atendiendo al lugar del cuerpo a donde se dirige la agresión, a los medios utilizados, a las circunstancias concomitantes, es factible determinar la calificación concreta de la tentativa de lesiones adecuada a cada caso, con independencia de la gravedad del resultado efectivamente producido. En la práctica, por el contrario, aun cuando la gravedad de la conducta haría previsible un resultado grave se entiende que cuando no se requiere tratamiento médico-quirúrgico estamos frente a una falta de lesiones. Problema que se agrava por las diferentes interpretaciones que en la jurisprudencia se adoptan respecto de lo que se considera tratamiento médico-quirúrgico y lo que supone mera asistencia facultativa.

Al respecto no olvidemos que, conforme a la regulación prevista en el *Código Penal* de 1995, atendiendo al principio de proporcionalidad, es inaceptable que un hurto a partir de 400 euros constituya delito mientras que una lesión, aun cuando sólo requiera asistencia facultativa, sea falta. En el mismo sentido no es coherente que se castiguen los daños por imprudencia grave y no las lesiones leves por imprudencia grave. Por ello pienso que, *de lege ferenda*, la solución correcta es que cualquier conducta adecuada *ex ante* para provocar un menoscabo en la salud debe ser calificada como delito, independientemente de cuál sea el concreto resultado producido. Por consiguiente, como falta deberían quedar, exclusivamente, los malos tratos, es decir, una bofetada leve, un empujón, un zarandeo... y las lesiones por imprudencia leve, aun cuando, en el delito de lesiones se prevea un tipo atenuado, en razón de la menor entidad de la violencia

y/o del resultado, en la línea del actual artículo 147.2 CP. De esta forma las reformas operadas por Leyes orgánicas N° 11/2003, N° 15/2003 y N° 1/2004, en relación con la “conversión” de la falta de lesiones en delito, cuando los hechos se cometan en el ámbito de la violencia doméstica y de género, serían innecesarias y, además, se obviaría la posible inconstitucionalidad de estas reformas, en cuanto se entienda que infringen el principio de igualdad.

Esta propuesta solucionaría otro de los problemas con los que actualmente nos enfrentamos en los delitos de lesiones, desde el momento en que se interpreta, por la doctrina mayoritaria y unánimemente por la jurisprudencia, que el tipo agravado, previsto en el artículo 148 CP., se refiere exclusivamente al tipo básico de lesiones, artículo 147 CP.⁵⁰, aun cuando esta no sea la única interpretación posible. En el mismo sentido en que actualmente se califican los hechos que antes se consideraban “homicidio preterintencional”, podrían calificarse estos hechos como concurso ideal entre tentativa de delito de lesión agravado y falta de lesiones consumada. Lo mismo sería de aplicación en relación con los tipos cualificados por la producción de resultados especialmente graves, por cuanto, en el supuesto de que el resultado no se produzca, pero fuera previsible *ex ante* que se produjera, deberían calificarse los hechos como tentativa de delito cualificado en concurso ideal con el delito de lesiones efectivamente producido⁵¹. No obstante, tanto en el caso anterior como en éste, otra calificación posible sería la de tentativa del delito de lesiones más grave, puesto que entiendo que nos encontramos frente a un concurso de leyes, ya que ambos hechos son dolosos y el bien jurídico es el mismo. Es diferente la situación en el llamado “homicidio preterintencional” puesto que en ese caso los desvalores son distintos, uno doloso y otro imprudente, y no pueden consumirse el uno en el otro. Si entendemos que lo adecuado es calificar como tentativa de lesiones del tipo más grave, la lesión efectivamente producida se podría tomar en consideración en la determinación de la responsabilidad civil.

Con la regulación actual, aparte de los problemas mencionados, otra cuestión que en la práctica acarrea situaciones injustas es la distinción de los diferentes tipos a partir de que haya sido necesario tratamiento médico quirúrgico o asistencia facultativa, de que se haya inutilizado un miembro principal o no, que se haya producido grave deformidad o enfermedad

⁵⁰ En este sentido: SILVA SÁNCHEZ - MELERO MERINO, *Consideraciones*, cit. (n. 15).

⁵¹ Cfr. CARDENAL MONTRAVETA, *Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?* (Comentario a la STS 12 de noviembre de 1994), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1995), en relación con la tentativa de homicidio en concurso ideal con las lesiones efectivamente producidas.

grave o leve. No existiendo criterios legales respecto de estos conceptos y dada no solo la diferente penalidad sino también las distintas consecuencias jurídico-penales según se califique de una u otra forma, se ha producido una jurisprudencia casuística, con contradicciones entre las diferentes resoluciones judiciales⁵².

Así mismo, pienso que es necesario asumir, de una vez por todas, que las lesiones psíquicas son “lesiones” con relevancia jurídico-penal, puesto que pese a que legalmente hace ya una década que están tipificadas hay muy pocos condenas por lesiones psíquicas. Esta situación es anómala desde el momento en que en muchas ocasiones en las sentencias se aprecia que, como consecuencia del hecho delictivo, la víctima ha sufrido unos determinados trastornos psíquicos y, sin embargo, este resultado lesivo se valora exclusivamente en el ámbito de la responsabilidad civil. Es cierto que en ocasiones las lesiones psíquicas no podrán imputarse penalmente a la conducta típica por la que se condena al autor por no concurrir responsabilidad subjetiva, en tanto en cuanto el autor no conocía ni tenía el deber de conocer que de su conducta podían derivarse trastornos psíquicos en la víctima, o por no ser imputables objetivamente, desde una perspectiva penal. No obstante, y en particular en los supuestos de violencia doméstica y de género, en los que el autor a través de conductas, que examinadas aisladamente podríamos considerar casi irrelevantes, trata de minar la voluntad, la autoestima y la dignidad de la víctima, no sólo son imputables los trastornos psíquicos sino que son imputables a título doloso. Ello es así porque para que concurra dolo no es necesario que el sujeto se represente las consecuencias exactas de su conducta ni mucho menos que desee que la víctima sufra un determinada trastorno psíquico. Para calificar esta conducta continuada de vejaciones como lesiones psíquicas es suficiente con la voluntad de minar la autoestima de la víctima, máxime cuando generalmente el sujeto advierte directamente los graves efectos psicológicos que su actuación está teniendo sobre la víctima, aun cuando sea en la “esfera del profano”.

X. CONCLUSIONES

Las modificaciones operadas en el *Código Penal*, el *Código Civil*, la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* y la *Ley Orgánica del Poder Judicial*, entre otras, por las Leyes orgánicas N^o 1/1996, N^o 14/1999, N^o 11/2003, N^o 27/2003, N^o 15/2003 y N^o 1/2004, desde una perspectiva jurídica, no sirven para solucionar los problemas que existen para la adecuada interven-

⁵² Cfr. CORCOY BIDASOLO, *La violencia en el ámbito familiar*, cit. (n. 13), passim.

ción del Derecho penal en la represión de los “malos tratos familiares” y la “violencia de género”. No obstante, desde una perspectiva sociológica y político-criminal, han sido eficaces para lograr la deseada sensibilización de las instituciones implicadas en la persecución y el castigo de estas conductas y han servido para reafirmar la valoración negativa de cualquier clase de violencia, aun cuando ésta se produzca en el ámbito familiar.

En definitiva, el hecho de que la violencia no cese pese a las últimas reformas legislativas y la sensibilización de los órganos encargados de administrar justicia demuestra que el problema es sociológico y que la ley no puede erradicarlo. Ello no implica que no sea necesaria la intervención del Derecho penal sino que no es suficiente ni puede serlo. Observando nuestro entorno y el número de casos que se producen en países como Suecia, Noruega, Inglaterra, se advierte que España, pese a lo que pueda parecer, es una “privilegiada” en materia de violencia doméstica puesto que las cifras demuestran que tenemos una décima parte de violencia que esos países teóricamente mucho más avanzados.

Soluciones prácticas y factibles, como ya se ha puesto de manifiesto, serían la promulgación de protocolos para la actuación conjunta de las fuerzas de seguridad y dotar efectivamente a las víctimas de dispositivos de alarma. Así mismo, la creación de tribunales especializados en materia de familia y violencia doméstica, tal y como se ha previsto en la Ley orgánica Nº 1/2004, debería servir para evitar abusos. Abusos que actualmente se están produciendo, utilizando el sistema penal para conseguir mejores condiciones, o como venganza, en situaciones de separaciones y divorcios. Otra medida que podría ser positiva, desde una perspectiva político-criminal, que busque la proporcionalidad entre la prevención y la resocialización sería la posibilidad de sustituir, en algunos casos, la medida de alejamiento por la de localización permanente, prevista como pena en la Ley orgánica Nº 15/2003 pero de forma tan limitada que impide su aplicación en relación con la medida de alejamiento.

Se trata de evitar tanto los excesos, debidos a los problemas de inconstitucionalidad planteados por la actual regulación de la violencia doméstica, como los defectos, por la benignidad que puede suponer en determinados casos el calificar unos hechos como malos tratos, cuando realmente nos encontramos frente a hechos mucho más graves. Pienso que una vez conseguida la sensibilización de las instituciones implicadas y adoptados los medios, de carácter social, educacional, económico..., necesarios para ayudar a las víctimas a salir del entorno de su “agresor”, *de lege ferenda* el Derecho penal tiene que calificar los hechos conforme a los delitos efectivamente cometidos puesto que el pretendido bien jurídico protegido en los delitos de violencia doméstica, según la Ley orgánica Nº 1/2004, más que un bien

jurídico debería constituir una agravante, en relación con determinados delitos contra derechos fundamentales, agravante de características análogas a las de alevosía y abuso de superioridad.

En todo caso, desde una perspectiva *de lege lata*, la constitucionalidad de los nuevos preceptos debe condicionarse a concebirllos como delitos complejos en los que, junto al bien jurídico salud o libertad, se protege la “paz familiar”, con la finalidad de evitar situaciones de miedo y dominio sobre la mujer o personas vulnerables. Por consiguiente, en los supuestos en los que formalmente se realice el tipo, ya sea el del artículo 153, del 171.4^o y 5^o o del 172.3, sino concurre esta situación de dominación y miedo o, al menos, de intentar lograrla, los hechos deberán calificarse conforme al tipo básico. Respecto del artículo 173.2, requiere, en principio, de la existencia de una situación de dominio/miedo, o de intento de ello, ya que es un elemento del tipo la habitualidad. En consecuencia, el artículo 173.2 debe interpretarse como delito especial respecto del artículo 173.1, sirviendo, al mismo tiempo, como ejemplo de lo que es un “trato degradante que menoscaba la integridad moral”, del tipo básico previsto en el artículo 173.1 CP. El hecho que este precepto requiera también la concurrencia de una relación de pareja o familiar entre autor y víctima implica que se protege también, junto a la integridad moral, la “paz familiar”, en el sentido del artículo 153. Ello explica que en el artículo 173.2 no sea necesario probar una especial gravedad del trato degradante, al contrario de lo que sucede en el artículo 173.1, así como que la pena a imponer pueda ser superior en el artículo 173.2. Por consiguiente, cuando se condene por el artículo 173.2 CP, no puede calificarse como concurso de delitos respecto de los artículos 153, 171. 4^o ó 5^o o 172.2, porque ello infringiría el principio de “*ne bis in idem*”, sino como concurso respecto de las faltas efectivamente cometidas.

Esta interpretación restrictiva nos llevaría, en casi todos los supuestos, a que no se plantease el problema relativo a la constitucionalidad por la obligatoriedad de la imposición de la medida de alejamiento, puesto que si realmente concurre esa voluntad de perturbar la “paz familiar” creando una situación de dominio y/o miedo, en principio, sería proporcional imponerla. Ello con independencia de que, en tanto medida de seguridad, *de lege ferenda*, sería conveniente que su imposición fuese potestativa, en base al juicio de pronóstico sobre el riesgo de repetición o por la concurrencia de una situación de dominio/miedo. La protección de la referida “paz familiar” sería también, *de lege lata*, la que justificaría la modificación del artículo 468, delito de quebrantamiento, en el sentido de imponer siempre pena de prisión y no de multa cuando quien quebrante medidas de seguridad del artículo 48, entre las que se encuentra la medida de alejamiento,

siempre que entre el autor y la víctima exista una relación de las previstas en el artículo 173.2. CP.

[Recibido el 4 y aprobado el 14 de mayo de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA BATARRITA, *Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma*, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, 1 (Universidad de Deusto, Bilbao 2004).
- BARQUÍN SANZ, *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes* (Madrid 1992).
- CARBONEL MATEU - GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal de 1995* (Valencia 1996).
- CARDENAL MONTRAVETA, *Homicidio intentado y lesiones consumadas en el mismo sujeto pasivo: ¿Concurso de leyes o concurso de delitos?* (Comentario a la STS 12 de noviembre de 1994), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1995).
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO (director), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia* (Madrid 1997), II.
- CORCOY, M., *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, en *Cuaderno de Derecho Judicial*, 5 (2001).
- CÓRDOBA RODA - GARCÍA ARÁN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial* (Madrid-Barcelona 2004).
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura* (Barcelona, 1990).
- DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS - GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, I: Título I a VI y faltas correspondientes* (Valencia 1998).
- GIMBERNAT ORDEIG, “Prólogo” a *Código Penal* (14ª edición, Madrid, Civitas 2009).
- GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS - GRACIA MARTÍN - LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial* (Valencia, 199), I.
- MAQUEDA ABREU, *La tortura y otros tratos inhumanos o degradantes*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (1986).
- MARCOS AYJON, *La violencia de género y el Código Penal*, en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 16 (2005).
- MAZA MARTÍN, *La violencia intrafamiliar y la nueva ley de violencia de género*, en *Derecho y Jueces*, 23 (2003).
- MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General* (7ª edición, Barcelona 2004).
- MONTALBÁN HUERTAS, *La interpretación de las leyes como factor de eficacia*, en RUBIO, Ana (coordinadora), *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para los operadores jurídicos* (Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2003).
- SILVA SÁNCHEZ - MELERO MERINO, *Consideraciones sobre las lesiones peligrosas con resultado de falta*, en *Actualidad Penal* (1995).
- TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (director) - VALLE MUÑIZ (coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal* (Pamplona 2004).
- VON HIRSCH, *Censurar y castigar* (traducción de Larrauri, Madrid, Trotta, 1998).