

La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género

administrativo



M^a Ángeles González Bustos (Coord.)
Miguel Ángel González Iglesias
M^a José Corchete Martín
M^a Ángeles González Bustos
Eva M^a Martínez Gallego
M^a Ángeles Guervós Maíllo
Nieves Sanz Mulas



Atelier
LIBROS JURÍDICOS

Colección: Atelier Administrativo

Directores:

Joan Manel Trayter

(Catedrático de Derecho administrativo)

Belén Noguera de la Muela

(Profesora titular de Derecho administrativo)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2009 Miguel Ángel González Iglesias, M^a José Corchete Martín, M^a Ángeles González Bustos, Eva M^a Martínez Gallego, M^a Ángeles Guervós Maíllo, Nieves Sanz Mulas.

© 2009 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-96758-91-9

Depósito legal: Z-2272-2009

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: INO Reproducciones, S.A.

Capítulo 6

LUCES Y SOMBRAS EN LA REGULACIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Prof.^a Dr.^a Nieves Sanz Mulas

(Profesora de Derecho Penal. Universidad de Salamanca)

6.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS MEDIDAS PENALES EN LA MATERIA

Las leyes que en nuestro país han buscado dar una respuesta a la violencia producida en el ámbito familiar han sido:

- LO 3/1989, 21 de junio, *de actualización del Código Penal.*
- LO 10/1995, 23 de noviembre, *del Código Penal.*
- LO 11/1999, 30 de abril, *de modificación del Título VIII CP.*
- LO 14/1999, 9 de junio, *de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim.*
- LO 11/2003, 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* (art. 173.2 y 3).
- LO 15/2003, 25 de noviembre, *de reforma del CP* (arts. 48 y 57)
- LO 1/2004, 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (arts. 83.1.6^a, 88.1.3^o, 148.4 y 5, 153, 171.4, 5 y 6, 12.2, 468.2 y 620).

Hasta la *LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal*, no existía en nuestra legislación un tipo penal que específicamente considerase delictivas las conductas de violencia física en la familia. Con esta Ley, por fin, se eleva a la categoría de delito el ejercicio habitual de conductas que, ejecutadas aislada u ocasionalmente, sólo eran constitutivas de falta (art. 425 del CP de 1973)¹. Ahora bien, el precepto fue prácticamente inaplicado, debido sobre todo a la escasa conciencia social sobre la gravedad del asunto, por lo que la mayoría de las denuncias acababan desviándose a la intrascendente falta de malos tratos entre parientes (art. 582, párrafo segundo)². No obstante, la punición de este tipo traía consigo enormes problemas prácticos, ya que, en virtud del art. 85 del CP de 1973, esta pena podía ser sustituida por un arresto domiciliario, con lo que, después del tiempo pasado a la espera de sentencia, paradójicamente y por voluntad del juzgador —pues la sustitución no era imperativa—, se podía instar a la vuelta obligada del agresor al domicilio familiar.

Por todo ello, el legislador de 1995, buscando dar un tratamiento más adecuado a esta problemática, y en particular a la «violencia de género», incluye como sujetos pasivos del delito a los ascendientes e incapaces que convivan con el sujeto activo; hace compatible la figura del maltrato con la sanción de los resultados lesivos que pudieran producirse; y eleva claramente la pena (de arresto menor a prisión de 6 meses a 3 años). Así, en su redacción original, el artículo 153 establecía literalmente:

«El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno o de otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado, que en cada caso se causare».

Las reformas posteriores, que han pretendido ir dando respuesta a episodios violentos, como manifestación concreta del ejercicio de malos tratos habituales, no han sido sino reflejo del conjunto de medidas aprobadas en los distintos planes nacionales contra la violencia doméstica, debidos sobre todo al ambiente de sensibilización social e impacto mediático que alcanzó el problema a mediados de los años 90. En tal sentido, las reformas que afectan al delito son las llevadas a cabo por *LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del*

1. Art. 425 CP 1973: «El que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese ligado por análoga relación de afectividad, así como sobre sus hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor».

2. Art. 582.2 CP 1973: «El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión».

Título VIII del CP y la LO 14/ 1999, de 9 de junio, de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim. Con esta última, la redacción del 153 quedaba del siguiente modo:

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan, o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento, o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el artículo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Esto es, se incorpora a la conducta típica la violencia psíquica; se amplía el catálogo de sujetos ofendidos por el delito, pues se elimina la necesidad de que la relación conyugal o la situación de convivencia subsista en el momento del maltrato; se modifica la cláusula concursal, posibilitando imponer las penas que pudieran corresponder por los actos de violencia física o psíquica como ejecutados; y se aportan criterios para interpretar el término «habitualidad». Junto a estos cambios, de igual modo, se incluye como pena accesoria, como prohibición y como medida de seguridad que puede ser impuesta al autor de estas infracciones, la prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares o personas que determine el Juez o Tribunal o de comunicarse con ellos (art. 33, 39, 48, 57, 83, 105 y 132 CP). Finalmente, y en relación a las faltas, se modifican los artículos 617.2 y 620 *in fine* CP.

Pero aquí no acaba todo, la gran preocupación social e institucional que produce la proliferación de estas conductas, ha sido el motivo de que en los dos últimos años se hayan producido diversas reformas legislativas tendentes a dar una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. En lo que a la materia penal se refiere, la primera de dichas reformas es la llevada a cabo por la *LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*. Esta Ley introduce importantes cambios en la materia, distinguiendo entre dos tipos de malos tratos: *el delito de malos tratos habituales*, que abandona su tradicional sede entre los delitos de lesiones para ubicarse ahora entre los delitos contra la integridad moral, mediante la adición al art. 173 de dos nuevos números; y *el delito de malos tratos no habituales* recogido en el art. 153, que ahora presenta la siguiente redacción:

«El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

Es decir, conductas aisladas, que con anterioridad hubieran sido constitutivas de faltas de lesiones del art. 617.1, de malos tratos del art. 617.2 —que lógicamente se deroga—, o de amenazas del artículo 620.1 CP, pasan a ser constitutivas de delito cuando son cometidas contra alguno de los sujetos mencionados en el art. 173.2. Esas mismas conductas, sin embargo, continúan reputándose falta cuando no se producen en el ámbito doméstico (art. 617.1), lo que ha sido duramente criticado, sobre todo por la enorme diferencia de pena —prisión de seis meses a un año o trabajo en beneficio de la comunidad de 30 a 80 días (art. 153), frente a localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses (art. 617.1)—, por no hablar de las correspondientes prohibiciones e inhabilitaciones también recogidas en el art. 153. Como pena, junto a la prisión se impone la prohibición de tener y portar armas y, cuando el juez lo estime necesario, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. Finalmente, se prevén diferentes supuestos agravados. Se trata, sea como fuere, de un precepto que ha suscitado —y suscita— numerosas críticas, por exceder las cuotas de proporcionalidad al considerar delito comportamientos que no tienen entidad suficiente para serlo.

En cualquier caso, no habían pasado 2 meses y ya se había producido una nueva reforma que afecta a los delitos contra la violencia de género. Esto es, con la *LO 15/2003, de reforma del CP se modifican los arts. 48³ y 57⁴, imponiéndose en todo caso:*

3. Art. 48 CP: «1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que baya cometido el delito, o a aquel en que reside la víctima o su familia, si fueren distintos.

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 pena 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

- La prohibición de aproximarse a la víctima y familiares y otras personas que determine el juez por un tiempo de hasta 10 años, si el delito fuera grave y de hasta 5 si fuera menos grave.
- La suspensión, respecto de los hijos, del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena.

Finalmente, el 28 de diciembre de 2004, se aprueba la tan ansiada *LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (de ahora en adelante, LOMPIVG); el punto y final —al menos hasta el momento— de toda esta vorágine legislativa que tan enormemente desconcertados nos tiene a todos los operadores jurídicos, esto es, a todos los que de uno u otro modo debemos trabajar con el derecho.

Al respecto, antes de entrar a valorar los cambios concretos que esta Ley ha traído consigo, y a efectos de tener una visión global de cuáles son finalmente los mecanismos penales con los que contamos en todo este asunto, empezaremos por hacer una alusión al delito de violencia habitual en el ámbito familiar recogido en el art. 173.2 y 3 CP. Un análisis que no podemos obviar, por mucho que la LOMPIVG silencie cualquier referencia al mismo, al mantener la redacción dada por la LO 11/2003.

visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. *La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.*

4. *El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan».*

4. Art. 57.2 y 3: «2. *En los supuestos de los delitos mencionados en el apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligado 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 e 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 encuentren 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 art. 48 por un tiempo que no excederá de diez 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.*

4. También podrá imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620».

6.2. EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR (ART. 173.2 Y 3 CP)

6.2.1. Bien jurídico

En primer lugar, cabe decir que la elevación a delito contra la integridad moral (Título VII CP), está plenamente justificada, porque, tal y como la Jurisprudencia del TS se ha cuidado de subrayar, la violencia doméstica «habitual» no agota su contenido en la agresión física o psíquica, sino que afecta al desarrollo de la personalidad, a la propia dignidad humana y a todos los derechos que le son inherentes. Es más, con el hecho de que la habitualidad no aparezca ya vinculada a la identidad del sujeto pasivo parece clara la protección de la «paz familiar».

6.2.2. Los diferentes actos de violencia física y/o psíquica

Para poder hablar de ilícito penal, qué duda cabe en que los diferentes actos de *violencia física* han de tener en sí mismos relevancia penal, siendo al menos constitutivos de falta (SAP Tarragona, de 21 diciembre de 1998⁵, SAP Barcelona, de 20 de mayo de 1999).⁶ Esto es, la violencia física se identifica, ante todo, con cualquier conducta que origine o sea capaz de ocasionar alguno de los resultados a los que se refiere los arts. 147, 149, 150 y 617 del Código penal. Pero también se comprenden aquellos comportamientos que clásicamente venían siendo calificados como simples maltratos no constitutivos de lesión, como golpes en general, bofetadas, patadas, puñetazos, rodillazos, empujones, tirones de pelo, manotazos, etc., siempre que revistan cierta entidad.

En lo que al concepto de *violencia psíquica* se refiere, esta puede venir constituida por cualquier acción que pueda comportar un menoscabo de la salud mental de la víctima, sin necesidad de que se actúe directamente sobre el cuerpo de la misma; esto es, puede dar lugar a ella cualquier vejación, insulto, amenaza o perturbación susceptible de causar temor, desasosiego, sufrimiento, de privar a la persona de la paz, la seguridad y el equilibrio neces-

5. «Si bien el tipo no distingue la entidad de la violencia ni exige que ésta se haya concretado en un resultado lesivo apreciable, sí es preciso que se trate de violencia material o física y que tenga una cierta entidad para alcanzar la categoría de violencia, ya que en realidad si el delito viene a configurarse sobre la base de la falta del 617.2 agravado por la habitualidad, es preciso que cuanto menos cada incidente aislado haya alcanzado la categoría de la referida falta en el sentido de que cuanto menos exista un maltrato acreditado».

6. «La conducta típica debe traducirse en la realización de actos de violencia o lo que es lo mismo, en el ejercicio de la «*vis in corpore*» con o sin menoscabo de la integridad física del sujeto objeto de la misma. De manera que integrará la conducta prohibida cualquier acto de fuerza física tanto si causa resultado lesivo a la integridad (delito o falta de lesiones) como si no la produce (falta de maltrato de obra)».

rios para su bienestar. El TS, aunque no ha dado un concepto de violencia psíquica, ha declarado en esa línea que constituyen el tipo aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación; algo, en todo caso, distinto de los concretos actos de violencia aisladamente considerados, constituyendo un ataque contra la paz familiar que dibuja un ambiente de temor y dominación sufrido por los miembros de la familia (SSTS 11-3-2003 y 24-6-2000). De su parte, la STS 27-6-2003 hace referencia a una vejación y humillación continuada, metódica y deliberada, que tiene como objetivo conseguir una situación de dominio que vulnera la propia personalidad de la víctima. Finalmente, la Circular 4/2005 de la Fiscalía también habla de violencia económica o espiritual.

Se recomienda, en todo caso, una actitud cautelosa a la hora de aplicar este delito, y por consiguiente, una interpretación restrictiva que exija la práctica de acciones de una gravedad equiparable a la violencia física. O lo que es lo mismo, conductas que vayan más allá de los meros insultos a acometimientos verbales (que tradicionalmente han sido objeto de tratamiento por otra vía punitiva), aunque sin tener que exigirse la materialización de amenazas constitutivas de delito. Las consecuencias de la extensión a los actos de violencia psíquica se pueden manifestar sobre todo en los supuestos en que se presenten combinados con violencias físicas facilitando la concurrencia de habitualidad, como revela la STS de 24 de junio 2000. Como ejemplos de violencia psíquica apreciada por los tribunales, cabe citar la remisión de tres cartas a la ex-esposa que producen atemorización y desestabilización de autoestima con la amenaza de un constante acoso para lograr el derribo moral perseguido (SAP Cantabria, de 31 mayo 2002); o atemorizar en repetidas ocasiones al cónyuge usando expresiones o insultos con clara actitud intimidatoria y vejatoria (SAP Sevilla, de 13 marzo 2000)⁷.

6.2.3. Los contornos de la habitualidad

La habitualidad, como sabemos, es el elemento que justifica la existencia del delito previsto en el art. 173.2, y su concepto es el mismo que el introducido en el art. 153 por *LO 14/1999*. Esto es, no se trata tanto del número de veces en que se materializa la actuación violenta, como en la instalación en el núcleo familiar de manera persistente de un clima o atmósfera irrespirable de sistemático maltrato, sea éste físico o psicológico. Ahora bien, tal y como matiza la STS 519/04, de 20 de abril, «no es necesario, para afirmar la comisión de este delito, la generación de un «clima de terror» en la víctima, pues esto dependería, en último caso, de la propia percepción subjetiva y características personales de quien sufre la violencia». El concepto de habitualidad, por tanto, se

7. QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 7ª edic., Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 933.

vertebra alrededor de cuatro datos: *pluralidad de los actos, proximidad temporal entre ellos, irrelevancia de la identidad del sujeto pasivo de los diversos actos, siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y, finalmente, independencia de que los mismos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior*, de este modo se evita la retirada de denuncias en el último momento.

Se desestima, en definitiva, la aplicación del art. 94 CP, en cuanto a la exigencia de que el agresor haya sido condenado tres o más veces para poder apreciar la habitualidad. Esto es, desde la reforma de 1999 son muchas las sentencias que, prescindiendo del automatismo numérico, apuntan que lo relevante es constatar si la conducta atribuida al acusado atenta contra la paz familiar y que se demuestre en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufridos por los mismos miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permita la obtención del juicio de certeza sobre la nota de habitualidad (SSTS 24-6-2000, 7-7-2000 y 16-5-2002). En cualquier caso, siguen existiendo resoluciones recientes que, sin embargo, insisten en que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos (STS 18-4-2002). De todos modos, el requisito de la «proximidad temporal entre las agresiones» exige cierta cercanía temporal entre los diferentes episodios de violencia, lo que significa que el transcurso de largas temporadas de convivencia en el respeto mutuo rompe la habitualidad. En tal sentido, y por ejemplo, el TS en sentencia de 29 de abril de 1999 considera habitualidad hechos probados de «palizas» en «varias ocasiones» dentro de un mismo año, dando a entender que si se tratase de hechos cometidos en años distintos el esparcimiento temporal impediría hablar de habitualidad. En otra sentencia, sin embargo, toman como referencia los dos años (STS de 29 de marzo de 1999) y hay tribunales que incluso llegan a los tres (AP Córdoba, de 12 de febrero de 1999).

El TS se hace eco de que existen dos líneas conceptuales al respecto de la habitualidad: la más común, entiende que la habitualidad existe a partir de la tercera acción violenta; criterio que no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas. Otra línea interpretativa sin embargo, y prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma, y ello por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual (STS 1750/03, de 18 de diciembre; 108/05, 31 de enero; 261/05, 28 de febrero).

Finalmente, nada obsta que se tengan en consideración conductas que aisladamente consideradas hubieran constituido falta cuando dichas faltas hubie-

ran prescrito, materia en la que la *Circular de la Fiscalía 1/1998* apunta que la prescripción comienza a contarse desde el último de los episodios violentos, criterio reiterado por el TS en sentencias como la 11-3-2003 y tema zanjado con la reforma del art. 132.1 CP llevada a cabo por la *LO 15/2003*, donde se dispone que, en las infracciones que exijan habitualidad, los términos de prescripción se computarán desde que cesó la conducta (el plazo de prescripción para este delito es de cinco años, art. 131.1 CP). De otra parte, el hecho de que alguna o alguna de las conductas ya hubieren sido sentenciadas, no impide que puedan ser atendidas para valorar la habitualidad (SSTS 24-6-2000, 22-1-2002); salvo, lógicamente, que haya recaído sentencia firme absolutoria, por respeto a los principios de presunción de inocencia y de cosa juzgada (STS 18-6-2003). Obviamente, se refiere a los actos individuales que puedan haber sido objeto de un proceso como delito o falta de lesiones o malos tratos, pero no formando parte integrante de otro delito del art. 153 CP. En el caso de que no existan condenas anteriores, según la misma *Circular de la Fiscalía 1/1998*, la habitualidad puede acreditarse «a través de la declaración de la víctima, por el contenido del parte pericial médico, o por cualquier medio probatorio».

Porque, a juicio del TS, «los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito —se estaría en un supuesto concurso de delitos y no de normas—, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia, siendo irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas» (STS 1162/04, 15 de octubre). «Sólo han de quedar excluidos aquellos hechos sobre los que ha recaído una sentencia absolutoria firme, por exigencias de la cosa juzgada y de la presunción de inocencia» (entre otras, SSTS 20/02, de 22 de enero; 805/03, de 18 de junio; 108/05, de 31 de enero). «La conducta típica es compatible también con la existencia de condenas anteriores por hechos violentos, pues se trata de conocer típicamente dicho comportamiento desde la perspectiva de la habitualidad, y no cabe alegar infracción del principio «ne bis in idem» tan estrictamente vinculado con la cosa juzgada (salvo en el caso de que los mismos episodios hubiesen sido ya subsumidos en el delito del art. 153), puesto que son hechos diferentes» (STS 687/02, de 16 de abril).

6.2.4. Ampliación del catálogo de posibles sujetos pasivos

Como novedad muy relevante, se amplía el círculo de posibles sujetos pasivos del delito. Se incluyen ahora también a los nietos, hermanos y cuñados que convivan con el autor; de igual modo, se incorpora a cualquier menor que conviva en el domicilio familiar por cualquier razón (estancias temporales por estudios, vacaciones, etc.). Respecto de los menores o incapaces, en todo caso, no se requiere la patria potestad, tutela, curatela o acogimiento, sino que basta

con la guarda de hecho. A través de la cláusula residual de «*personas amparadas por cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar*», se acoge a los ancianos no unidos por vínculos de ascendencia directa como pueden ser los tíos-abuelos y otros parientes, como tíos, hermanos mayores de edad, sobrinos, etc. Finalmente, también se acoge expresamente a todas «*las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*». En este sentido, no sobra decir que las situaciones de subordinación o dependencia con el agresor poco o nada tienen que ver con las relaciones de afectividad, parentesco o afines que hasta ahora dan sentido al delito de violencia doméstica.

Así, y por ejemplo, el maltrato habitual sobre personas especialmente vulnerables que se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, como sería el caso del sometimiento a situaciones penosas de alimentación e higiene en residencias de ancianos o disminuidos psíquicos.

La relación entre el agresor y víctima no está ni mucho menos caracterizada por la existencia de un vínculo familiar o de afectividad, ni tampoco por compartir un mismo techo, sino por una relación de prestación de servicios marcada por una posición de dependencia fáctica de quien recibe esos servicios.

En todo caso, si se insiste en esta previsión, es de lamentar el que no se amplíe a quienes en la misma situación son custodiados o asistidos en domicilios particulares, un caso bastante frecuente de enfermos o ancianos asistidos en su propia casa por empleados no familiares. Supuestos en los que, finalmente, por desenvolverse en el propio domicilio, tiene más lógica la calificación de violencia en el ámbito familiar que la producida en centros públicos o privados.

De igual modo, es absolutamente criticable la referencia a «*cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar*», que da cabida a relaciones completamente ajenas a la naturaleza afectivo-familiar, como es el caso de quienes convivan temporalmente con una familia en virtud de una relación laboral o de prestación de servicios —empleada/o de hogar, niñera/o, enfermera/o, etc.—. Ciertamente son imaginables situaciones de subordinación extrema que resten libertad al empleado/a y lo expongan a alguna clase de abusos —ej. extranjera sin papeles—, pero ni se trata de casos habituales que justifiquen una tipificación específica, ni las potenciales víctimas de tales hechos estarían desamparadas por el Derecho penal —pues además del tipo genérico contra la integridad moral (art. 173.1) resultarían de aplicación los delitos contra los derechos de los trabajadores (en particular, arts. 312.2º y 314)—. En consecuencia, y mientras se mantenga la expresión «*otra relación*», debería ser interpretada en términos restrictivos de analogía con las relaciones previstas expresamente, sin que baste una mera convivencia de hecho.

En definitiva, la ampliación del círculo de sujetos pasivos ha dado como resultado una figura híbrida de malos tratos compuesta por una serie de situaciones dispares que ya poco tienen que ver con las notas características de la violencia doméstica. No se trata, ni mucho menos, de poner en duda la gravedad de las conductas incluidas en el tipo del art. 173.2, ni tampoco su ubicación entre los delitos contra la integridad moral, sino la conveniencia político-criminal de darles respuesta en los mismos preceptos y con las mismas penas previstas para combatir el maltrato familiar. Eso es algo que estimamos inadecuado, y hasta contraproducente, pues resta especificidad al delito de violencia doméstica y con ello diluye el juicio de rotunda reprobación que merecen las relaciones de posesión y dominio en el contexto afectivo-familiar. Si la realidad nos muestra otros supuestos de malos tratos merecedores de una severa respuesta penal —como el trato vejatorio detectado en residencias de ancianos o personas disminuidas—, el legislador deberá buscar la forma adecuada de darles respuesta, aunque sería aconsejable que antes reflexione sobre las múltiples posibilidades que ya ofrece el CP para hacer frente a tales situaciones.

6.2.5. Consumación y concurso de delitos

El delito de violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2) se configura como un delito de peligro abstracto que, en consecuencia, no requiere la producción de ningún resultado material y, en concreto, que no exige la producción de ningún tipo de lesión, la cual de producirse sería castigada en concurso de delitos. Porque en virtud de la expresión «*sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*», cabe hablar de concurso de delitos con las propias faltas o delitos en que se concreten los diferentes actos de violencia. Para ello, se parte de la consideración de que el bien jurídico protegido en el art. 173.2 es distinto de las tipicidades penales que concurren, pues de otro modo se vulneraría el principio *ne bis in idem*.

En este sentido, GARCÍA ARÁN asevera que si bien los actos violentos pueden haber sido ya juzgados, su castigo responde a un fundamento determinado (la lesión del bien protegido en cada caso) que, sin embargo no es compartido por el delito de violencia habitual, donde aquéllos delitos son recuperados para poder apreciar lo que constituye un presupuesto, la habitualidad, de un delito contra otro bien distinto, la integridad moral: las violencias puntuales primeramente castigadas, consideradas ahora de forma conjunta, permiten contemplar la situación de sumisión, angustia o degradación de la víctima, cuya integridad moral se ve gravemente lesionada⁸. En idéntica línea, y tal y como vimos, la Fiscalía General del Estado, entiende que cabe incluso el concurso con las faltas generadoras de

8. GARCÍA ARÁN, M., «Comentario al art. 173.2 CP», en *Comentarios al Código Penal. Parte especial, Tomo I*, CÓRDOBA RODA — GARCÍA ARÁN (Dir.), Barcelona, 2004, p. 265.

la habitualidad, pues la conducta reiterada es distinta de cada uno de los malos tratos que como actos aislados se cometerían en un momento determinado produciendo un resultado concreto. Cabe por tanto, y en su caso, el concurso con los delitos de homicidio, aborto, lesiones, violación, malos tratos ocasionales o faltas que atenten contra la integridad psíquica, etc.

«El resultado es ajeno a la acción típica, por lo que, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo, existirá un concurso real» (STS 687/02, 16 de abril; 321/04, 11 de marzo). «Existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados (la paz familiar y la integridad moral, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro). Los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor; no existe, por tanto, infracción del principio *ne bis in idem*» (STS 645/04, 14 de mayo; 320/05, 10 de marzo).

Pero, ¿pueden concurrir los arts. 173.2 y 153? Pues aquí también hay opiniones para todos los gustos, y en este sentido la SAP de Barcelona de 17 de abril de 2000 considera que sólo cabe hablar de un concurso de leyes a favor del primero por aplicación del principio de consunción, pero el mismo tribunal, en sentencias de 26 de enero de 2001 y de 27 de diciembre de 1999 habla de la existencia de un concurso de delitos, sin que con ello se infrinja el principio *ne bis in idem*, porque el art. 153 no comprende todo menoscabo de la integridad moral sea cual sea su gravedad. De igual modo actúa el TS y siempre aprecia concurso real entre el maltrato no habitual del art. 153 y el maltrato habitual del 173.2, si bien ante la existencia de una agravación (ej. agredir a la víctima en su propio domicilio) considera que debe aplicarse el tipo básico del art. 153 y el agravado del art. 173.2.2, por ser más lógico en base al principio de alternatividad y mayor gravedad punitiva del art. 8.4 CP. Y es que, a su juicio, la otra opción manejada por la doctrina (imponer el tipo agravado del art. 153.3 en concurso real con el tipo básico del art. 173.2) implicaría la no aplicación nunca de la agravante del 173.2, pues siempre, por lógica, aparecería en una de las conductas concretas que llevan a hablar de habitualidad (entre otras, STS 580/06, de 23 de mayo).

6.2.6. Penalidad

Por último, se denota un importante endurecimiento de las penas, que responde a la preocupación social y jurídica que la multiplicación de actuaciones violentas en el seno familiar viene originando. Junto a la pena privativa de libertad, el art. 57.1 posibilita la imposición de una o varias de las medidas previstas en el art. 48, si bien tras la reforma operada por *LO 15/2003*, tal y como hemos visto, obliga a imponer siempre la pena accesoria prevista en el art. 48.2 CP —prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, lo que impide al penado acer-

carse 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—. Una pena que está dando innumerables problemas en la práctica, pues se infringe en múltiples ocasiones, y muchas de ellas por iniciativa de la propia víctima, testimoniándose infinidad de procedimientos por quebrantamiento de condena, tal y como veremos.

En todo caso, esta pena, y como ya hemos adelantado, además incluye la suspensión, respecto de los hijos, del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena (art. 48.2 *in fine*). El cumplimiento de todas ellas podrá controlarse por medios electrónicos (art. 48.4 CP). Por otra parte, junto a la pena de prisión el art. 173.2 siempre impone la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, y se abre la posibilidad de que el Juez acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, condicionando su decisión al interés del menor.

Penas accesorias ilógicas en algunos casos, dado que, por ejemplo, no tiene ningún sentido privar de la patria potestad al agresor de la empleada de hogar, o privar del derecho a la tenencia y porte de armas al que no alimenta adecuadamente al anciano que cuida en la residencia donde trabaja. Las penas previstas, en definitiva, no son sino una prueba más que demuestran los alarmantes efectos de una precipitación irreflexiva en el modo de hacer las leyes, una improvisación que es particularmente peligrosa cuando se juega con las libertades de los ciudadanos.

6.2.7. Supuestos agravados

También como novedad, se contempla una serie de subtipos agravados, castigados con las penas en su mitad superior:

A) Perpetrar alguno o algunos de los actos de violencia habitual en presencia de menores

Los menores de edad aquí son protegidos como sujetos pasivos indirectos de la conducta o conductas violentas del art. 173.2. Esto es, se reconoce expresamente el desvalor de las situaciones en las que el menor, sin ser sujeto pasivo directo, sin embargo «presencia» alguno o alguno de los actos de violencia habitual. Lógicamente, debe entenderse que si el menor, además de ser testigo de la conducta, es también sujeto pasivo directo de ella, sería de aplicación igualmente la agravante, pues de lo contrario se castigaría más levemente conductas que tienen un mayor contenido de injusto —aunque la redacción del tipo podría llevar a otra interpretación—. Por «en presencia del menor», en todo caso, debe entenderse tanto la visual como la auditiva, pues el bien jurídico puede resultar igualmente lesionado. Finalmente, y por coherencia interna, para la aplicación de la agravante el menor que presencia la violencia ha de tener con el agresor alguna de las vinculaciones expresadas en el art. 173.2,

pues si el legislador exige en el tipo básico unas concretas relaciones entre agresor y menor agredido, no sería lógico interpretar que se pueda prescindir de ellas para agravar la pena en estos supuestos.

Luego, por ejemplo, no entraría en este supuesto agravado, la violencia ejercida delante de un amigo de nuestro hijo; una agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes, etc.

B) Ejecutar el acto o actos de violencia utilizando armas

El plus de antijuridicidad se fundamenta en la medida en que el uso de armas conlleva un riesgo para la salud o vida de la víctima/s sobre las que recae dicha violencia. Por arma, es doctrina pacífica, el considerar que abarca no sólo a las armas de fuego, sino también las armas blancas como cuchillos, navajas, puñales, machetes, hachas, etc. También hay unanimidad en exigir que el arma sea efectivamente usada, aunque sea de forma intimidatoria —aplicando la doctrina desarrollada respecto del art. 242.2—.

Llama, sin embargo, poderosamente la atención, la no inclusión de la referencia «otros medios peligrosos». Una omisión que plantea inconvenientes, pero que parece solucionado desde que la LOMPVIAG incluye dos nuevos apartados 4º y 5º en el art. 148, que agravan igualmente las lesiones cuando la víctima fuera esposa o ex-esposa, mujer que estuviere o hubiese estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor; si bien deja fuera a todos los demás posibles sujetos pasivos también mencionados en el art. 173.2; algo, en todo caso, que ya veremos.

El no hacer mención a «otros medios peligrosos» es una previsión problemática, particularmente en aquellos casos en los que las lesiones producidas por el ejercicio de la violencia puedan ser subsumidas en el delito de lesiones agravadas del art. 148.1. Esto es, puede producirse la paradoja de que las lesiones ocasionadas por la utilización de tales medios peligrosos —distintos, claro está, a las armas— sean castigados con mayores penas (concurso entre el art. 148.1 y el art. 173.2) que si se ocasionan usando armas —que por definición son los objetos más peligrosos—, pues en este último caso la aplicación del art. 173.2 impediría la apreciación del delito de lesiones agravadas del art. 148.1.

C) Ejecutar el acto o actos violentos en el domicilio común o en el domicilio de la víctima.

El fundamento de esta agravación, para algunos, radica en la especial situación de indefensión en que se encuentra la víctima que es agredida en su domicilio (falta de ayuda de otras personas, mayores dificultades para huir, etc.), lo que facilita considerablemente la comisión del delito, por no hablar de las dificultades añadidas en aras a la averiguación y prueba de los malos tratos, lo que, en ocasiones, puede conllevar la impunidad del delito. Para otros, sin embargo, el porqué del aumento de pena está en el mayor impacto psíquico de las agresiones producidas en el entorno más inmediato de la víctima, dado

que afecta a la protección anímica que el mismo suele ofrecer a la misma. Sea como fuere, para la apreciación de la agravante, además de la actualidad en el uso del domicilio, parece que la violencia debe producirse dentro del domicilio, si bien se pudiera ampliar a supuestos en los que, a pesar de que el concreto resultado lesivo se produzca fuera de la vivienda, el ataque al bien jurídico comience en el interior de la misma (ej. el portal del edificio o la calle, cuando la víctima huye del ataque en el interior de su domicilio).

D) Ejecutar la violencia quebrantando las penas del art. 48 del CP o medidas cautelares de seguridad o prohibición de la misma naturaleza

Sin duda, la aplicación adecuada de las penas accesorias previstas en el art. 48 cumple una importante función de protección a las víctimas de la violencia doméstica. Es por ello que este subtipo se aplicará a los casos en los que se vulneren aquellas penas y medidas encaminadas específicamente a evitar la producción de nuevas agresiones a las víctimas de malos tratos durante la tramitación del proceso (si se adoptan como medidas cautelares) o una vez finalizado el mismo (si son impuestas en la sentencia como pena, medida de seguridad o prohibición). Esta agravación alcanza, en definitiva, a las penas señaladas en el art. 48 CP⁹; las medidas cautelares de la misma naturaleza recogidas en el art. 544 bis) LECrim; las medidas de seguridad recogidas en las letras c), d) y g) del art. 105 CP¹⁰; y las prohibiciones recogidas en los arts. 83.1.1^a y 2^a.

En todo caso, quepa advertir que el incremento del injusto no proviene de ninguna particularidad del hecho cometido, sino más bien de un dato externo a la conducta agresiva que afecta a la Administración de Justicia; en concreto, el incumplimiento de un mandato judicial de alejamiento de la víctima¹¹. Sea

9. Art. 48 CP: «1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que reside la víctima o su familia, si fueren distintos.

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 cumplimiento de la pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan».

10. Art. 105.1 CP: «c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

d) Prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

g) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos».

11. *Vid., Infra*, comentario al art. 40 de la LO, 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

como fuere, este incumplimiento da lugar a la deducción de testimonio por quebrantamiento de condena, con lo que también responderá por el delito previsto en el art. 468.2 del CP con la correspondiente posible vulneración del principio *ne bis in idem*, cuestión compleja que más adelante tratamos.

6.3. LAS REFORMAS LLEVADAS A CABO POR LA LOMPIVG. EL CRITICADO Y CRITICABLE DELITO DE MALTRATO NO HABITUAL DEL ART. 153 DEL CP

Como adelantábamos, por *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*, se aprueba la tan ansiada ley sobre *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Una ley que hace gala de una clara perspectiva de género frente a la perspectiva doméstica de leyes anteriores; esto es, se regula a la violencia de género como un supuesto cualificado de violencia doméstica¹².

Una normativa, sea como fuere, de claro contenido multidisciplinar, que en su mayor parte entró vigor en enero de 2005, quedando aplazada la entrada en vigor a finales de junio de ese mismo año de los Títulos IV y V, relativos a los ámbitos penal y procesal. En concreto, en lo que a la parte penal se refiere, viene recogida en el Título IV de la Ley, bajo la rúbrica «Tutela penal», ocupando los arts. 33 a 42 que afectan a las siguientes materias:

- Protección contra los malos tratos (art. 153 CP).
- Protección contra las lesiones (art. 148 CP)
- Protección contra las amenazas (art. 171. 4, 5 y 6 CP).
- Protección contra las coacciones (art. 172.2 CP).
- Quebrantamiento de condena (art. 468 CP).
- Protección contra las vejaciones leves (art. 620 CP).
- Suspensión de penas (arts. 83.1.6^a y 84.3^o CP)
- Sustitución de penas (art. 88.1.3^o CP).

En este trabajo, sin embargo, nos limitaremos a analizar críticamente la protección contra los malos tratos no habituales llevada a cabo dando una nueva redacción al tan llevado y traído artículo 153 del CP, donde se castiga la violencia no habitual en el ámbito familiar, y las repercusiones que, tanto este precepto como el art. 173.2, tienen sobre el delito de quebrantamiento de condena del art. 468. Ello sin desmerecer las demás reformas llevadas a cabo por la LOMPIVG, y que también están causando infinidad de problemas prácticos, habiendo también dado lugar a la elevación al TC de un elevado número de

12. No comparte la misma opinión, y hace una interesante exposición de las diferencias habida entre ambas figuras, a efectos de declarar su autonomía, RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, colección los delitos 78, Valencia, 2008.

cuestiones de inconstitucionalidad¹³, que por otra parte no han tenido siempre la respuesta que muchos esperábamos. Esto es, y de acuerdo con LAURENZO COPELLO, «las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por jueces de toda España contrastan con no pocos pronunciamientos judiciales donde se rechaza la pretendida contrariedad de los nuevos preceptos penales con la Carta Magna, un choque de posturas que igualmente se detecta en la doctrina especializada, claramente dividida entre fervientes defensores y ácidos detractores de los nuevos lineamientos político-criminales instaurados por la LO 1/2004»¹⁴.

6.3.1. Protección contra los malos tratos no habituales

Con el art. 37 de la LOMPIVG el art. 153 del Código Penal queda redactado así:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratarse de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se reali-

13. Los preceptos más recurridos ante el constitucional son el maltrato no habitual en el ámbito familiar (art. 153.1) y las amenazas leves del art. 171.4º. Para un análisis más profundo de este asunto, léase RUBIDO DE LA TORRE, J.L., *Ley de violencia de género. Ajuste de inconstitucionalidad en materia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

14. LAURENZO COPELLO, P., «Modificaciones de Derecho penal sustantivo derivadas de la Ley integral contra la violencia de género», en *La violencia de género: ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2006, CGPJ, pp. 338 y 339.

cen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la relación del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

En definitiva, nos situamos frente a la punición de la violencia doméstica no habitual, y que se restringe a los menoscabos psíquicos o lesiones no definidos como delito en el Código Penal, y a los golpes o maltratos que no causan lesión, cuando se llevan a cabo sobre alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP. Luego, respecto de este artículo, cabe hacer especial referencia a:

6.3.2. Conductas delictivas. La elevación a delito de las faltas de lesiones y maltrato del art. 617.1 y 2 CP

Para comenzar, la referencia al «*menoscabo psíquico*» resulta perturbadora e inadecuada, pues dentro de la definición legal de las lesiones se concede ya un espacio específico a las perturbaciones de la salud psíquica —el CP dice «mental», art. 147.1—. Ello nos hace pensar que, seguramente, la pretensión del legislador era la de referirse a perturbaciones —leves— de la normalidad psíquica. Un error, en todo caso inadmisibles y que, en la práctica, está dando lugar a graves problemas por la marcada inseguridad jurídica de la que hace gala, provocándose múltiples situaciones de desigualdad y, por tanto, de injusticia.

De su parte, las referencias a «*lesión no constitutiva de delito*»¹⁵ y «*golpear o maltratar de obra a otro sin causar lesión*», no son sino la elevación a delito de las faltas anteriormente recogidas en los arts. 617.1 y 2¹⁶. Para algunos, la razón de la elevación a delito de conductas que finalmente no pasan de ser simples faltas, se debe a la imposibilidad de adoptar determinadas medidas cautelares (prisión provisional, alejamiento de la víctima, etc.) u otras medidas de protección la víctima cuando la violencia ejercida no era considerada delito. Una limitación que perjudicaba la eficacia en la lucha contra la violencia doméstica al impedir, en no pocas ocasiones, la adopción de una respues-

15. Otra incorrecta técnica legal, pues es precisamente dicho art. 153.1 el que convierte, tanto al menoscabo psíquico como a la lesión, en delitos. *Vid.*, en RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, *op. cit.*, p. 159.

16. Equiparando, además, las lesiones leves con los malos tratos, lo que, de acuerdo con DEL ROSAL BLASCO, es discutible desde el punto de vista de la proporcionalidad, pues rompe «sin que sea fácil encontrar un argumento justificativo, con la regla general establecida en el art. 617 del CP vigente, de diferenciar la gravedad y, por tanto, la respuesta punitiva de la falta de lesiones (art. 617.1) y de la falta de malos tratos de obra (art. 617.2). *Vid.*, en DEL ROSAL BLASCO, «La política criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?, en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor COBO DEL ROSAL*, Madrid, 2006, p. 338.

ta judicial contundente y propiciar la reiteración de las conductas violentas. Para otros, sin embargo, se debe más a la mera conveniencia de aprovechar un artículo del CP —el art. 153—, que quedaba vacío de contenido, que a cualquier consideración teleológica, atentando claramente contra el principio de proporcionalidad.

En cuanto a la antigua alusión al que «amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos», la LOMPIVG la ha sacado del art. 153 para trasladarla, con absoluta lógica sistemática, al ámbito que le corresponde: el de las amenazas; en concreto, para incluirla en el art. 171.5. Un cambio que, con independencia de la opinión que nos merece la punición como delito de dicha conducta, sistemáticamente hablando consideramos más adecuado que su permanencia en el seno del art. 153.

6.3.3. La distinción de pena según el sexo del sujeto activo y del sujeto pasivo

Los sujetos pasivos son los mismos que los recogidos en el art. 173.2, lo que ya de por sí es criticable, pues la inclusión de todas las personas previstas en dicho precepto en una ley de violencia de género, de entrada ha supuesto el que el problema de la violencia de género en materia penal quede totalmente desenfocado, y es que de acuerdo con MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDÁRIZ LEÓN, «es clara la confusión conceptual que genera la LOMPIVG entre violencia de género y violencia doméstica: ambos son fenómenos violentos, ambos se dan en el núcleo familiar, pero no toda la violencia que se produce dentro de la familia es violencia de género, ni todos los actos de violencia de género se dan dentro del ámbito familiar»¹⁷.

Sea como fuere, la novedad introducida por la LOMPIVG reside en diferenciar la pena según quienes sean los sujetos activo y pasivo —a diferencia del art. 173.2 que los castiga a todos por igual—. De este modo, se agrava la pena cuando la víctima sea o haya sido su esposa, o mujer con quien esté o haya estado ligado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor —pena de prisión de seis meses a un año— (art. 153.1).

Por persona especialmente vulnerable, según la jurisprudencia del TS en numerosas sentencias, sobre todo con ocasión del enjuiciamiento de delitos de abusos y agresiones sexuales, debemos entender «cualquier persona de los sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación al grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor». Esto es, sujeto activo y pasivo pueden

17. MIRAT HERNÁNDEZ, P., ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de género vs violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales. Estudio del Título IV de la LOMPIVG*, Grupo difusión, Madrid, 2006, p. 112.

serlo tanto el hombre como la mujer, lo único necesario es la convivencia. Para estimar acreditada la situación de vulnerabilidad de la víctima, el TS atiende a las circunstancias personales de ésta; y, entre otros, a los siguientes criterios (reiterados por la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado):

- Criterio de la edad de la víctima. También comprensivo de personas ancianas o de edad avanzada.
- Situación de enfermedad de la víctima.
- Personas privadas de sentido por cualquier causa.
- Personas con cierto trastorno mental.
- Personas en situación de inferioridad en atención a las circunstancias concurrentes.

En los demás supuestos, la pena a imponer es la prevista en el apartado 2 de ese mismo artículo 153 —con una pena de prisión de tres meses a un año—.

Diferencias que, en todo caso, no son sólo penológicas sino que llegan más allá. Para empezar, en el primer supuesto sólo puede ser sujeto activo un hombre —pues el tipo habla de «él»— y sujeto pasivo una mujer —pues se hace referencia a la «esposa» o «mujer»—, lo que deja fuera a las violencias ejercidas en parejas o ex-parejas homosexuales. Una discriminación absolutamente ilógica e incoherente con el bien jurídico protegido —la salud e integridad física—, siempre merecedor de protección, con independencia del sexo. Todo ello, salvo que hagamos, nuevamente, una interpretación extensiva de la expresión «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», lo que podría llevar a incluir también los maltratos entre *gays* (dado que habla de «autor»), siempre que se produzcan mientras convivan. Luego concordamos con TAMARIT SUMALLA en que la violencia de género aparece configurada así como un supuesto cualificado de violencia doméstica¹⁸.

El lenguaje utilizado es, en definitiva, fundamentalmente heterosexista, por lo que se hace necesario un nuevo lenguaje que, sin perder las cuestiones de género, poder y control, incluya a las parejas del mismo sexo y al contexto cultural de los grupos minoritarios. Porque una ampliación del círculo de sujetos activos (admitiendo la autoría de la mujer) y de sujetos pasivos (incluyendo entre éstos también al hombre) no implicaría, obviamente, desprotección alguna de la mujer, limitándose la ley a incluir, aunque cuantitativamente fueran menos, otros supuestos de violencias singulares entre parejas o ex parejas también dignos de protección¹⁹.

Por otra parte, en los primeros supuestos del apartado primero no es nece-

18. Lo que, a su juicio, hace evidente respecto a tal tipo cualificado, la interpretación que había sugerido GARCÍA ALBERO de la versión del art. 153 resultante de la reforma de 2003 como «ejemplo del operar del Derecho como tecnología de género, como producción de identidades». *Vid.*, en QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, *op. cit.*, p. 814.

19. RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, *op. cit.*, p. 149.

saría la convivencia entre el agresor y la víctima, lo que puede llevar a acoger situaciones que en nada responden a la lógica de la violencia familiar, como sería el caso del antiguo novio que en una discusión por motivos totalmente ajenos a la relación ya acabada propina un simple empujón o incluso una bofetada a su ex-compañera²⁰.

Y es que el problema realmente reside en la pretensión del legislador de ampliar el concepto hasta el punto de dar cabida a cualquier maltrato ocasional, de obra o de palabra, entre personas ligadas por alguna relación de afectividad o parentesco. Con ello lo que, sin embargo, hace, es desdibujar el sentido y gravedad de los malos tratos domésticos, cuya clave reside en la creación de un clima de violencia permanente que pone en serio peligro la vida e integridad física y moral de quienes lo padecen, y nada de eso se puede predicar de un simple empujón, de una bofetada aislada o de una retahíla de insultos ocasionales. Y es que lo que sobra es el propio art. 153 en su redacción actual. En todo caso, nos remitimos a lo dicho en su momento sobre los sujetos pasivos del art. 173.2, críticas que alcanzan su máxima expresión cuando de las conductas del art. 153 se trata, y puesto que al fin y al cabo no pasan de ser meras faltas.

6.3.4. Supuestos agravados

Al igual que ocurre en la violencia doméstica habitual (art. 173.2, *segundo párrafo*), se agrava el hecho de que la conducta «*se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza*» (art. 153.3). Es, en definitiva, perfectamente extrapolable todo lo que respecto de este tema se dijo al analizar el art. 173.2, y a ello nos remitimos.

6.3.5. Previsión de un supuesto atenuado en atención a las circunstancias personales del autor y a las características del hecho

Finalmente, la LOMPIVG, quizás consciente del enorme —y peligroso— «abánico» de conductas y episodios domésticos susceptibles de ser catalogados como delito con arreglo al art. 153, en su apartado 4 prevé la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga motivadamente la pena inferior en grado «*en aten-*

20. Algo que se podría haber solucionado con la exigencia de un elemento subjetivo, como sí exigía el Anteproyecto de la LOMPIVG. Un *animus* que con la actual regulación siempre se presume.

ción a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho». Se trata, por tanto, de un supuesto atenuatorio similar el previsto en el art. 147.2 para las lesiones, y en el que se otorga al Juez la posibilidad de poder «graduar» los distintos supuestos de violencia doméstica no habitual (teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones, la propia aptitud de la víctima, las concretas circunstancias en que se produjeron los hechos, la situación de discusión o enfado, etc.) con la consiguiente diferencia de pena.

6.3.6. Valoración crítica

En este punto, y en líneas generales, quepa aseverar que nos enfrentamos a una preocupante forma de legislar que ha perdido de vista casi por completo los principios delimitadores de un Derecho penal democrático. Nada hay que objetar a la contundencia con la que la Ley responde a la violencia doméstica habitual que tan nefastas consecuencias deja en nuestra sociedad. Lo discutible es que con la excusa de prevenir esos hechos tan graves se justifique un desmesurado avance punitivo que arrastra en su camino un cúmulo de conductas que, o son totalmente ajenas al fenómeno de la violencia doméstica o, en el peor de los casos, sólo representan una primera manifestación, pero que por su escasa gravedad intrínseca no justifica más sanción penal que la prevista, en general, para esa clase de comportamientos —es decir, la pena de las faltas—. El art. 153, por todo ello, no es sino un tipo «caótico» fruto de un afán de punición desmedido, consecuencia de una malentendida lucha contra los malos tratos en el hogar, ya que combatir conductas de este tipo precisa la implicación del sistema social en general y no del sistema penal exclusivamente.

Se trata, en definitiva, de una presunción de culpabilidad en clara oposición con el principio procesal de presunción de inocencia. Se parte de estimar que si lo ha hecho una vez, es porque lo va a hacer más veces...

Es más, este imparable avance punitivo, inspirado antes en la crónica de sucesos que en criterios racionales de Política criminal, ha dado lugar a una superposición de medidas represivas —algunas claramente desproporcionadas, como la elevación de la falta de maltrato ocasional a la categoría de delito— carentes de una mínima coherencia interna que permita vislumbrar los objetivos concretos que persigue la reforma. De su parte, la propia dispersión de los delitos de violencia doméstica, da cuenta de esta ausencia de líneas político-criminales claras y del dominio casi absoluto de la técnica del remiendo, y relativiza notablemente el peso de los argumentos sistemáticos a la hora de decidir sobre cuál es el objeto de tutela. Porque si lo que se pretendía es cerrar el círculo de las acciones criminógenas, evitando las supuestas zonas de impunidad, se tenía que haber ofrecido una respuesta global y única. Esto es, un tratamiento sistemático conjunto de las dos infracciones (art. 153 y 173.2), pues son innumerables sus elementos comunes y responden a una misma orientación político-criminal.

En esta línea, el art. 153 es el precepto que ha sufrido en mayor medida las sucesivas intervenciones legislativas, presididas todas ellas por la voluntad de intensificar cada vez más la presión punitiva sobre esta clase de conductas. Hechos que progresivamente han ido trascendiendo en la conciencia social más allá del espacio doméstico, para ser concebidos como uno de los primeros problemas públicos. Con todo, y de acuerdo con TAMARIT SUMALLA, en comparación con las modificaciones introducidas en otros preceptos, como los arts. 148, 171 ó 172, en los que se constata una importante agravación de las penas, la reforma del art. 153 tiene un carácter básicamente simbólico, si se advierte que los moderados incrementos punitivos previstos para los supuestos de violencia de género se ven compensados por la agregación del número 4 que dispone una cláusula facultativa de reducción de pena, de modo que el efecto que puede derivarse de la reforma de 2004 es incluso, en relación con ciertas conductas, de carácter atenuante²¹.

6.4. LA ORDEN DE ALEJAMIENTO Y EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA DEL ART. 468 CP

El art. 40 de la LOMPVG, de su lado, modifica el art. 468 del Código Penal, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá *en todo caso* la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».

Una modificación que conlleva un problema nada baladí en el campo de la violencia sobre la mujer, pues la imposición de una medida de alejamiento es casi «connatural» a los delitos de violencia en el ámbito familiar.

Y así nos lo describe SAMAHUJA, Magistrada de la AP de Barcelona: «la presión mediática ha llevado a muchos profesionales a una reacción defensiva y de auto-protección ante el miedo a las posibles consecuencias penales. Así, jueces que han concedido prácticamente todas las órdenes de protección que les han solicitado por temor a que se les pudiera acusar de no haber tomado medidas, colapsando así los servicios administrativos de protección a las víctimas que difícil-

21. En QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 814.

mente las pueden atender²²; fiscales solicitando en prácticamente todos los casos que se adoptara una orden de protección, normalmente alejamiento, muchas veces sin demasiadas pruebas y sin valorar que ello podía comportar pérdida de empleo si ambos trabajaban en la misma empresa, o dificultades para permanecer en una ciudad pequeña con el estigma de maltratador...»²³. Y las cifras al respecto son elocuentes, en el pasado año 2008 se solicitaron 20.607 órdenes de protección, concediéndose más del 70%²⁴.

6.4.1. Solapamiento con los supuestos agravados de los arts. 153 y 173.2 CP

El quebrantamiento de una pena de las contempladas en el art. 48 del CP o de una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza, en el caso de la violencia doméstica, y tal y como hemos visto, se prevé como un supuesto agravado tanto del delito de violencia no habitual en el ámbito familiar (art. 153.3) como del delito de violencia habitual en el mismo contexto (art. 173.2). Sin embargo, una interpretación literal del art. 468.2 nos lleva a pensar que, de igual modo, y dada la expresión «en todo caso», se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año, por lo que, en principio, cabría apreciarse un concurso real entre el correspondiente subtipo agravado de violencia doméstica y el quebrantamiento de condena del art. 468.2, al tratarse finalmente de dos bienes jurídicos distintos.

Nos enfrentamos, en consecuencia, a un solapamiento de difícil solución, si bien parece claro que la aplicación conjunta del tipo agravado y el delito de quebrantamiento de condena afectaría al principio *ne bis in idem*, motivo por el cual la solución deberá buscarse en los criterios que resuelven el concurso de leyes (art. 8). Y más cuando en el contexto se incluye no sólo a quien quebranta la ejecución de la pena, sino también a quien desobedece una medida cautelar. Sería, por todo ello, más coherente leer tal previsión en el sentido de aplicarla sólo a los supuestos en que quien quebranta la pena o la medida, pero sin realizar simultáneamente una conducta típica incardinable en los subtipos agravados a que hemos hecho alusión, pues finalmente lo que se pre-

22. En cada comisaría española hay por ley dos funcionarios de la Unidad de Prevención, Asistencia y Protección contra los Malos Tratos a la Mujer (UPAP), en Madrid, entre 20 y 50 mujeres dependen de un solo policía. Los fallos en la vigilancia pueden dar lugar a auténticas carnicerías, como la ocurrida en el mes de diciembre del 2008, cuando Maximino Couto, mató a su pareja en Pontecalderlas (Pontevedra) mientras estaba de permiso penitenciario. Supuestamente, debía estar monotorizado por un brazaletе telemático de localización, pero el funcionario encargado de vigilar la pantalla se despistó y Couto asesinó a su novia Rosario Peso, intentó matar a su ex mujer, e hirió a dos policías y a un vecino. Luego de poco sirve la promesa del Gobierno de contratar por 5 millones de euros un nuevo modelo de brazaletе multialarma si no hay funcionarios para controlarlos. *Vid.*, en El País, 4 de enero de 2009.

23. SAMAHUÑA, M., «Las denuncias falsas», en El País, 22 de diciembre de 2008.

24. El País, 4 de enero de 2009.

tende es evitar el contacto con la víctima y, en consecuencia, un nuevo episodio violento.

En tal sentido, PRATS CANUT y QUINTERO OLIVARES consideran hubiera sido más oportuno introducir las modificaciones precisas para que las conductas de quebrantamiento de penas o medidas dictadas en estos caso tuvieran siempre el tratamiento de delitos de quebrantamiento de condena, con la severidad que se estime necesaria. Y es que al no haberlo hecho así sucederá que el maltrato, amenaza o coacción cometida por persona que quebranta pena o medida dará lugar a que el autor reciba la pena cualificada por quebranto de medida, además de la pena correspondiente a ese quebranto. Y es que el endurecer la respuesta penal a través del art. 468 evitaría el peligro de entrar en el terreno prohibido del «*bis in idem*»²⁵.

6.4.2. Imposición obligatoria de la pena de prisión

En todo caso, y en lo que a la penalidad se refiere, en virtud de la LO 15/2003 se permitía elegir, a la hora de castigar estos quebrantamientos, entre la pena de prisión de tres meses a un año y la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días, ahora con la LOMPIVG se impondrá obligatoriamente una pena de prisión de seis meses a un año. Una pena inadmisibles en la mayoría de los supuestos, pues es desproporcionado el que una persona que haya realizado, por ejemplo, un maltrato de obra del art. 153, que obligatoriamente lleva aparejada la medida del art. 48.2 —prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella por cualquier medio (art. 57)—, pueda ser condenada en caso de su quebrantamiento a la misma pena que el que quebrante una condena de prisión, con independencia de su duración (art. 468). Y más cuando pensamos en que si esas medidas de prohibición se adoptaran en otros casos distintos a los referidos a cualquiera de las personas comprendidas en el art. 173.2 CP la pena a imponer sería la de multa de 12 a 24 meses, dado que el art. 48.2, al que se refiere el 468.2, se circunscribe a los hechos referidos a la comisión de cualquiera de los tipos penales del art. 57.1 cuando la víctima fuera una de las personas comprendidas en el art. 173.2 CP.

Una reforma que el Observatorio contra la violencia doméstica y de género, sin embargo, tacha de positiva, por considerarla más proporcionada a la entidad y gravedad del hecho, teniendo en cuenta el daño psicológico y moral que comporta este tipo de comportamiento en las mujeres víctimas del maltrato. A su juicio, con ello se terminan los problemas derivados de la anterior redacción, y que no permitía aplicar la pena privativa de libertad por incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento adoptada por la vía del art. 544 bis LECrim, dentro del sistema, por ejemplo, de la Orden de Protección aprobada por la Ley 27/2003, de 31 de julio.

25. QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 910.

Y es que la LOMPIVG asimila el quebrantamiento de tales penas o medidas cautelares al propio de las situaciones fácticas de privación de libertad, sancionándolo con la más grave pena de prisión prevista para estas últimas. En definitiva, el legislador, una vez más, ha acudido a una solución fácil y precipitada, sin reparar en que el problema de la desobediencia de las órdenes de alejamiento no se debe tanto a la existencia de lagunas legales como a la falta de medios materiales y humanos para hacer efectivos esos mandatos judiciales.

La opción legislativa incluso podría haberse recibido con favor, si no fuera por su injustificada limitación a las personas enumeradas en el art. 173.2 (si bien, y al menos, no hace diferencias entre todos los sujetos pasivos del 173.2). Una discriminación aún más evidente cuando, como veíamos, algunas de las penas previstas en el art. 48 resultan de obligada aplicación (art. 57). De este modo, y nos guste o no, las penas y medidas cautelares aplicadas a los sujetos diferentes a los referenciados, se someten a un criterio de *necesidad material en concreto* de protección de la víctima; mientras que tratándose de los sujetos del art. 173.2, a un criterio de necesidad presunto (presunción *iuris et de iure*), con independencia por tanto de que en concreto dicha pena fuese o no necesaria. ¿Cómo deberíamos, entonces, responder penalmente a las conductas de quebrantamiento incitadas o provocadas o que requieren el concurso de la propia víctima?

La práctica muestra que esta situación no es infrecuente, y que incluso ha provocado situaciones sorprendentemente bien conocidas: como la de preventivos que reciben la visita de su compañera en prisión, pese a pesar sobre ellos una medida de alejamiento (por falta de especificación, en el mandato de ingreso en prisión, de estar en vigor dicha medida). En principio es evidente que la orden de alejamiento concierne exclusivamente al penado o sometido a medida cautelar, no a la víctima. La cuestión se contrae pues a la eventual responsabilidad criminal del penado o sometido a medida. Si se estimase que la sola voluntad de la víctima enerva la tipicidad del delito de quebrantamiento para su autor, ello supondría tanto como otorgar a aquélla, materialmente, un poder de disposición incompatible con su carácter imperativo. En definitiva, podrá decirse que no tiene sentido una exigencia de responsabilidad para el autor cuando la propia víctima ha inducido o cooperado necesariamente con el quebrantamiento de una pena impuesta justamente en su interés; pero sucede que dicho interés, en nuestro marco penal actual se objetiviza en el proceso, expropiando a la víctima de competencia para definirlo. Así las cosas, no existe posibilidad alguna, parece ser, de eximir al penado de la responsabilidad en que pueda incurrir por quebrantamiento siempre y cuando concurren los requisitos típicos²⁶. La única salida: una justa decisión del tribunal.

En este sentido, el TS en una sentencia pionera en este campo (STS 1156/2005, de 26 de noviembre) se hacía eco del problema y recordaba que «la efectividad

26. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 2284.

de la medida de alejamiento depende —y esto es lo característico— de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima —en cuya protección se acuerda— de mantener su vigencia siempre y en todo momento. Pero, entonces ¿qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o exconviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla? El Alto Tribunal se planteaba dos posibles soluciones. La primera, *mantener a toda costa la efectividad de la medida*, con lo que cabría considerar a la mujer como coautora por cooperación necesaria o al menos por inducción, ya que su conducta tendría efectos relevantes de cara al delito de quebrantamiento del art. 468, solución que sin duda produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja (STEDH 24-3-1988 y 9-6-98). La otra posible solución, sería partir de que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la falta absoluta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida. En este dilema, el TS consideraba que lo más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona en cuya protección se expide, y al mismo tiempo el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminante, era estimar que la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y quedar extinguida, sin perjuicio de que ante una nueva secuencia de violencia pueda solicitar y obtener (en su caso) otra medida de alejamiento».

Ahora bien, esta sentencia no se ha visto reforzada posteriormente por otras sentencias del TS, el cual en algunas de ellas diferencia entre la medida de alejamiento impuesta como medida de seguridad, que podría cesar a solicitud de la parte que en su momento la solicitó (la víctima), y la que resulta como imposición de una condena, y cuyo cumplimiento, en consecuencia, no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima (STS 775/2007, de 28 de septiembre). En otras, incluso va más allá en lo que a la medida cautelares se refiere, y afirma que «la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la víctima, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal —que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquella—, pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto (STS 10/2007, de 19 de enero). Una línea definitivamente consolidada por el TS que, en Pleno no Jurisdiccional del día 25 de noviembre de 2008, ha establecido que el consentimiento de la víctima no excluye el delito a los efectos del art. 468 del CP.

6.5. CONCLUSIONES FINALES

Es característica común a todos los preceptos del CP modificados por la LOMPIVG el incremento punitivo, más o menos acusado según cuál de ellos se considere, el hecho de ser la ofendida ex-posita, o mujer ligada con el sujeto activo por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Ello se corresponde con el concepto en torno al cual se estructura la Ley: el de violencia de género, destacado en el enunciado y en el encabezamiento de la Exposición de Motivos. Tal elemento se ve complementado por otro: la referencia a «víctima especialmente vulnerable que conviva con el autor», que no figuraba en el Proyecto de Ley y fue introducida durante la tramitación parlamentaria, a partir de la presión ejercida por grupos de defensa de la infancia, y que resulta ajena a la aludida construcción conceptual inspiradora de la norma²⁷.

Esta nueva intervención del legislador supone insistir en la tendencia ya manifestada a través de las reformas de 1995, 1999 y 2003, bajo el signo de la extensión típica y la intensificación punitiva. La perversa imagen que transmite una modificación de la ley penal es que lo que se castiga ahora no era castigado antes, o no lo era suficientemente, y así el ciudadano puede creer que la impunidad deriva de la ley cuando puede proceder de la intensidad y agilidad de la actuación policial, de los medios humanos y materiales puestos al servicio de esta actuación, y, por qué no, de los criterios judiciales sobre cómo calificar muchas conductas. La nueva Ley no se dirige a asesinatos y lesiones que tienen esa condición terrible antes y ahora, sino a otras conductas, muchas veces precursoras del final trágico, como coacciones, desobediencias, quebrantamientos de órdenes de alejamiento, etc., que exigen respuestas penales —aunque ya existían y otra cosa es que no se aplicaran—, o como esas amenazas lanzadas incluso desde la cárcel que después se han cumplido sangrientamente en el primer permiso, y que requieren ante todo decisiones y consecuencias en el ámbito penitenciario, antes y sin perjuicio de su carácter delictivo.

Remitir el problema a los defectos de las leyes no es muy ponderado, pero ciertamente es cómodo, y excluye la indagación sobre cuáles han sido las carencias y los errores de unos y otros en algunos horribles acontecimientos que acaso se hubieran podido evitar. En lo que a la LOMPIVG se refiere, la crítica no sólo se limita a la utilización una vez más del DP como la solución mágica a todos los problemas, sino a la existencia de una duda más que razonable sobre la constitucionalidad de la técnica utilizada. En concreto, la redacción del art. 153.1 indica de modo inequívoco la exigencia de tres notas: a) la condición de mujer de la víctima; b) la condición de hombre del sujeto activo; y c) la existencia de una relación conyugal o de análoga relación de afectividad pasada o presente; aún sin convivencia (lo cual incluye las relaciones de noviazgo)²⁸.

27. En QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 799.

28. *Ibidem*, p. 800.

Ello resulta consecuente con el constructo ideológico en torno al que se vertebra la Ley: la violencia de género. Concepto definido en la IV Conferencia Mundial de Mujeres celebrada en Beijing en 1995 como «cualquier acto de violencia basada en el género que tiene como resultado o es probable que tenga como resultado unos daños o sufrimientos físicos, psíquicos o psicológicos para las mujeres, incluyendo las amenazas de los referidos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto la pública como la privada». La construcción conceptual elaborada en el ámbito lingüístico inglés por impulso de orientaciones sociológicas y jurídicas feministas (así la *feminist jurisprudence*), parte de la voluntad de distinguir entre *Sex* y *Gender*: así como el sexo es una característica biológica, perteneciente al mundo del «ser», el género es una característica cultural relativa al mundo del «deber ser». El derecho, también el penal, se concebido como tecnología de género, como proceso de producción de subjetividades, y se reclama, desde estos sectores, un «uso alternativo» del mismo, para que no sólo sea, como es de modo predominante, un instrumento patriarcal, un Derecho de género masculino, sino que asuma una posición militante en la superación de los valores androcéntricos²⁹.

Para explicar, y en algunos casos justificar, la cualificación penal de ciertas conductas atendiendo al sexo de la víctima y del autor, algunos han recurrido a la idea de discriminación positiva, que goza de arraigo y respaldo doctrinal y jurisprudencial en el ámbito internacional. La Jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humanos ha avalado las políticas basadas en la discriminación positiva ahí donde puedan concretarse situaciones reales de desigualdad y las medidas para corregirla sean conformes a un doble canon de necesidad y proporcionalidad vinculadas a objetivos concretos, de modo que tan sólo resultarán legítimas mientras éstos no se hayan alcanzado. Sin embargo, entendemos que en este caso nos encontramos ante algo distinto a una discriminación positiva, concepto que se compadece poco con los fines y los mecanismos propios del Derecho penal. Y es que, de acuerdo con RAMÓN RIBAS, «un problema asociado a las técnicas penales de discriminación positiva es que lo sean, además de *a favor de la mujer, en contra del hombre*, y que obliguen a tratar de forma distinta conductas de igual gravedad»³⁰.

La creación de tipos cualificados en Derecho penal tiene su razón de ser a menudo en la existencia de situaciones de vulnerabilidad. Una buena política legislativa debe estar atenta a los colectivos vulnerables que reclaman especial atención y adoptar la técnica adecuada para dar respuesta a las correspondientes necesidades de protección. Así sucede, por ejemplo, en relación con los menores de edad, en supuestos como los previstos en los arts. 180.1.3^a, 182.2, 188.3 ó 197.5 CP. Precisamente en esta dirección se inscribe la agravación «por ser la víctima una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» añadida por la LOMPIVG. En estos casos, la cualificación puede tener como fun-

29. *Ibidem*.

30. RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica, op. cit.*, p. 149.

damento la mayor intensidad o trascendencia de la ofensa al bien jurídico protegido o el refuerzo de la prevención derivado de la mayor facilidad para la comisión de del delito³¹.

Esto es, no se trata de una discriminación positiva, ésta sólo existe en relaciones de vulnerabilidad. Con esto lo único que se consigue es una percepción equívoca de la mujer como sujeto siempre vulnerable, lo que nos hace un flaco favor en nuestra constante lucha en pro de la igualdad con los hombres.

Sin embargo, se advierte una diferencia esencial entre los ejemplos citados y la técnica utilizada para la cualificación de la violencia de género, más evidente si cabe a partir de la agregación de los supuestos de otras víctimas especialmente vulnerables. La diferencia punitiva no aparece tan sólo vinculada a un rasgo diferencial del sujeto pasivo, sino a que el sujeto activo sea hombre, de modo que se excluyen, entre otras, las conductas efectuadas en el seno de relaciones homosexuales. La Exposición de motivos de la Ley, ya en su primer párrafo, apunta hacia esta posible interpretación cuando afirma que la violencia de género «no sólo es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en la sociedad. Es una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión». La violencia de género entrañaría pues una doble victimización: la de la mujer como persona y la del «género femenino» como colectivo social subyugado y oprimido. Se eleva así una categoría criminológica, cuya validez explicativa de un determinado fenómeno social aquí no se cuestiona, a tipo delictivo³². Bueno, ¿pero realmente es una victimización del hombre o de la mujer?

El problema que se plantea es el siguiente: ¿qué sucede entonces en los casos en los que el acto de violencia, la agresión, amenaza o coacción ejercida por el hombre contra la mujer no se corresponde con la expectativa, sino que obedece a otras explicaciones en clave psicosocial? El carácter absoluto de la presunción veta toda posibilidad de corrección judicial negativa, de modo que al órgano sentenciador no le está dado calificar el hecho fuera del estereotipo legalizado³³. Por todo ello, la técnica de incriminación empleada resulta poco acorde con el principio de necesidad, si se advierte que no hubiera dis-

31. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., pp. 800 y 801.

32. *Ibidem*, p. 801.

33. Para RAMÓN RIBAS, sin embargo, lo que caracteriza al art. 153, es, precisamente, el que la violencia se ejerza «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», pues sólo si la violencia se ejerce de este modo será posible considerarla constitutiva de violencia de género. Luego se hace indefectible, por tanto, estimar manifestada esa situación de poder para aplicar el art. 153. O lo que es lo mismo, no basta con demostrar que un hombre golpea a su esposa, sino que es necesario que dicho golpe manifieste una relación de poder del primero sobre la segunda, que sea expresión, por tanto, de una concreta clase de violencia, la denominada de género. *Vid.*, en RAMÓN RIBAS, E., «Violencia de género y violencia doméstica», op. cit., pp. 108 y ss.

minuido la protección ofrecida al colectivo en principio más vulnerable por la utilización de una fórmula legal más abierta al estilo de la empleada en relación con las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. A ello debe añadirse la poca adecuación a las exigencias del principio de proporcionalidad, especialmente si se considera el salto cuantitativo y cualitativo que supone la elevación a la condición de delito de las amenazas o coacciones leves que en términos generales siguen siendo constitutivas de falta. Por las razones indicadas, la regulación penal contenida en la LOMPIVG introduce, a nuestro juicio, una desigualdad no razonable lesiva del derecho a la igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución, que prohíbe todo trato de discriminación por razón de sexo³⁴.

En cualquier caso, ni que decir tiene la mezcla explosiva a que puede dar lugar, una ley abusiva en sí misma, con una utilización no menos abusiva de la misma. Sí, nos referimos al espinoso y fantasmagórico tema de las denuncias falsas en materia de violencia familiar. Un asunto que nadie quiere ver, pero que se repite con insistente firmeza en la práctica diaria de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Y es que no sabríamos decir si son muchas, pero en todo caso sí son demasiadas, las mujeres que, de acuerdo con SAMUHA, «sin ningún escrúpulo ni respeto por las que están padeciendo situaciones terribles sin atreverse a denunciar, han abusado de lo que se les ofrecía, poniendo en marcha el aparato policial y judicial con fines espurios³⁵, en algunos casos inventándose directamente hechos que ni tan siquiera han ocurrido, pero con escaso riesgo de que ello pueda demostrarse, y se les exijan responsabilidades»³⁶. Ahora bien, y pese a lo lamentable de tal realidad, estamos de acuerdo con esta Magistrada barcelonesa en que lo realmente tremendo es dar lugar a un sistema legal y una aplicación de la norma que permita a «a los perversos utilizar la organización colectiva para conseguir sus objetivos, causando daños a muchos otros (niños, abuelos, padres...), y se mantenga durante años a pesar de la evidencia de que no ha dado resultado. Mueren tantas mujeres como antes...»³⁷ Y mientras tanto, la mayoría de las mujeres que sufren violencia extrema siguen en muchos casos padeciéndola en silencio³⁸, viendo como su causa

34. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, op. cit., p. 801.

35. Muchas veces, y en algunas de ellas mal aconsejadas por abogados sin escrúpulos, las mujeres buscan mejorar las condiciones de los procesos de separación o divorcio en que se encuentran inmersas: asignación de la vivienda, custodia de los hijos, fijación de una pensión alimenticia para éstos, de una pensión compensatoria, etc., En otras, «simplemente» pretenden «dar una lección» a sus parejas, asustándose posteriormente de las graves consecuencias que su infantil conducta lleva inherentes, queriendo dar «marcha atrás» cuando ya es imposible.

36. SAMAHUHA, M., «Las denuncias falsas», en *El País*, 22 de diciembre de 2008.

37. 73 en el año 2008, 74 en el anterior, 68 en el 2006, 72 en el 2004, 71 en el 2003. *Vid.*, en SANZ-DIEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA-MOYA CASTILLA, *Violencia de género. LOMPIVG, ediciones Experiencia*, Barcelona, 2005, p. 25. En total, 584 desde el año 2000. *Vid.*, en *El País*, 4 de enero de 2009.

38. Sólo el 23% de las mujeres asesinadas en el 2008 habían denunciado a su pareja o ex pareja, un porcentaje menor que en el año 2006. *Vid.*, en *El País*, 4 de enero de 2009.

ha sufrido el desprestigio por la acción de los que sólo la han utilizado para sus propios fines y aspiraciones»³⁹.

En definitiva, estamos obligados a revisar lo hecho y hacernos eco de los errores cometidos, buscando una solución eficaz a los mismos, si queremos que nuestra —buena— voluntad inicial llegue a buen puerto. La experiencia de casi 4 años de LOMPIVG es más que suficiente para hacer una valoración seria de su efectividad y de si el fin ha justificado realmente los medios. Porque esta ley ha endurecido las sanciones poniendo en duda principios básicos del Derecho penal en un Estado democrático, como el principio de igualdad, el de culpabilidad o el de presunción de inocencia, sin lograr, sin embargo, reducir el número de casos de violencia contra la mujer.

Es de elogiar, eso sí, la visión multidisciplinar de la LOMPIVG, pues la única forma de evitar la violencia de género es a través de la prevención⁴⁰. Una prevención que exige, de acuerdo con la Circular de la Fiscalía 4/2005, «un tratamiento integral que se articula sobre todo un sistema normativo comprensivo de medidas de sensibilización, prevención, detección e intervención que alcanza a los ámbitos educativo, cultural, publicitario, sanitario, social, laboral, económico, institucional, penal, procesal y orgánico-judicial». Medidas, en definitiva, que pretenden actuar desde la causa del problema, que hunde sus raíces en concepciones sociales de superioridad del hombre sobre la mujer. Porque la finalidad de la ley no es sino otra que la de acabar o paliar un problema social con claro origen en el desigual reparto social de papeles entre hombres y mujeres, y que lleva aparejado el riesgo para éstas de ser víctimas de conductas violentas por parte de aquéllos que son, o han sido, sus parejas. Porque, al fin y al cabo, una verdadera ley contra la violencia de género, estamos de acuerdo con MIRAT HERNÁNDEZ y ARMENDÁRIZ LEON, «debería referirse a todos los delitos y tratos discriminatorios que sufren las mujeres por el reparto no

39. SAMAHUJA, M., «Las denuncias falsas», en *El País*, 22 de diciembre de 2008.

40. En este sentido, entre otras, la LOMPIVG, en su Título I, determina las medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención de la problemática en diferentes ámbitos. En el educativo se especifican las obligaciones del sistema para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres. En el sector de la publicidad, se deberá «respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como en los privados. De otro lado, se modifica la acción de cesación o rectificación de la publicidad legitimando a las instituciones y asociaciones a que trabajen a favor de la igualdad entre hombres y mujeres para su ejercicio. En el ámbito sanitario, «se contemplan actuaciones de detección precoz y apoyo asistencial a las víctimas, así como la aplicación de protocolos sanitarios ante las agresiones derivadas de la violencia objeto de esta Ley, que se remitirán a los tribunales correspondientes con objeto de agilizar el procedimiento judicial. Asimismo, se crea, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, una comisión encargada de apoyar técnicamente, coordinar y evaluar las medidas sanitarias establecidas en la Ley». De su parte, concerniente a la Tutela Institucional, se procede a la creación de dos órganos administrativos: la delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en el Ministerio de Trabajos u Asuntos Sociales, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como un órgano colegiado en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

equitativo de roles sociales dentro y fuera del hogar, como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, como consecuencia de las condiciones socioculturales que sitúan al género femenino en una situación de subordinación al masculino y que se manifiesta en tres ámbitos básicos: maltrato y discriminación en las relaciones de pareja, agresiones sexuales en la vida social y discriminación y acoso en la vida laboral»⁴¹.

Ahora bien, mientras eso ocurre —si es que llega a materializarse—, en la aplicación del Derecho penal debe actuarse con la máxima prudencia, porque, como nos recuerda LAURENZO CAPELLO, citando a BROWN y VAN SWAANINGEN, un uso abusivo del mismo «puede crear recelo en los jueces y tribunales, actitud que, en última instancia, no haría más que repercutir negativamente sobre los intereses esenciales de las propias mujeres»⁴².

41. MIRAL HERNÁNDEZ, P., ARMENDÁRIZ LEÓN, C., *Violencia de género vs violencia doméstica: consecuencias jurídico-penales*, *op. cit.*, p. 114.

42. LAURENZO CAPELLO, P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», en *Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Bilbao, 1998, p. 16.