

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
MASTER EN ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES DE GÉNERO



**LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL
ÁMBITO FAMILIAR. EL ARTÍCULO 173.2
DEL CÓDIGO PENAL**

AUTORA: ESTHER SINOVAS GÓMEZ
DIRECTORA: DRA. DÑA. NIEVES SANZ MULAS
SALAMANCA, 2009

LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ÁMBITO FAMILIAR. EL ARTÍCULO 173.2 DEL
CÓDIGO PENAL

A MI MADRE POR ESTAR SIEMPRE A MI LADO.

Y A NIEVES, MI TUTORA, SIN LA QUE ESTE
PROYECTO NO PODRÍA HABERSE HECHO
REALIDAD.

“EL TRABAJO INTELECTUAL ES EL MAS
MISTERIOSO Y SOLITARIO DE LOS TRABAJOS
HUMANOS”

GARCÍA MARQUEZ.

**LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ÁMBITO FAMILIAR. EL ARTÍCULO
173.2 DEL CÓDIGO PENAL**

ESTHER SINOVAS GÓMEZ
“ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES DE GÉNERO”

Esther Sinovas Gómez

“Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género”

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN SOCIAL DE LA MUJER. ¿Hacia la igualdad de sexos? III. PERFILES CRIMINOLÓGICOS DEL FENÓMENO: 1. Concepto. 2. Datos estadísticos. 3. Falsas creencias sobre la violencia en el ámbito familiar. 4. Efectos o consecuencias en la víctima. La violencia física y psíquica. 5. Efectos devastadores sobre la psique de la mujer: A) síndrome de estrés post-traumático. B) síntomas de evitación. C) síntomas de hiperalerta. D) ansiedad. E) sentimiento de culpabilidad. 6. Factores explicativos de la conducta agresora: A) modelo explicativo de malos tratos. B) ciclo de la violencia de género. C) características del maltrato. D) factores predictivos de la conducta violenta. E) características del hombre violento. F) características de la mujer maltratada. G) pensamiento de la mujer maltratada. IV. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DEL CONJUNTO DE INSTRUMENTOS CON QUE SE CUENTA EN LA ACTUALIDAD PARA HACER FRENTE AL PROBLEMA: 1. Respuestas sociales: A) institucionales. B) medidas educativas. C) medios de comunicación. V. EL DERECHO PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA DOMESTICA. EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR (ART. 173.2): 1. Antecedentes legislativos. 2. Regulación jurídico-penal actual de la violencia en el ámbito familiar. 3. Falta de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas. 4. Los supuestos agravados del delito de lesiones del 148.4 y 5. 5. El delito de violencia no habitual en el ámbito familiar. La especial desprotección de los menores de edad. 6. El delito de violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2). 7. El delito de amenazas en el ámbito familiar (art. 171.4, 5 y 6). 8. Delito de coacciones en el ámbito familiar (art. 172.2). 9. El delito de quebrantamiento de condena. VI. EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR (ART. 173.2 Y 3 DEL CP): 1. Delineamientos generales. 2. Tipo objetivo. 3. Tipo subjetivo. El dolo. 4. Concurso de delitos. 5. Penas. La obligatoria imposición de la orden de alejamiento. 6. Supuestos agravados. VII. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. 1. Autos que cuestionan la medida obligatoria de alejamiento. 2. Autos que cuestionan el delito de lesiones del art. 153. 3. Autos que cuestionan el delito de amenazas del art. 171. VIII. CONCLUSIONES. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCION

Según el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*. Ahora bien, y pese a las evidentes buenas intenciones de esta Declaración Internacional, nos encontramos que actualmente, y solo en nuestro país, muere una media anual de **75** mujeres a manos de sus parejas o exparejas ¿Dónde están ahí los derechos de estos seres humanos? ¿Y la fraternidad de los otros?

En los últimos años ha emergido al conocimiento general la dimensión del problema de la violencia de género. Problema eterno, pero que hasta ahora había permanecido cubierto casi siempre por la intimidad familiar y la resignación de sus

víctimas. Frecuentemente, en ese mismo entorno, las relaciones violentas se han contagiado hacia los convivientes menores, y a veces incluso a mayores, siendo descritas entonces como violencia familiar. Ello sin duda es consecuencia de la consolidación de una inaceptable escala de valores nutrida de indiferencias culturales, sociales y educativas, que en cierta medida el Derecho ha amparado.

Con ingenua convicción se ha querido ver en la respuesta legislativa la solución del problema. Todas las reformas de la legislación penal y procesal, bajo nuestro punto de vista, se han mostrado tardías y defectuosas, y consecuentemente poco eficaces. Y las últimas que han asumido la naturaleza multidisciplinar del problema, aportan nuevas medidas preventivas, asistenciales y de intervención social cuya eficacia está por comprobar, por no decir que deviene ineficaz.

La dificultad no ha dejado de ser esa referida ingenuidad del legislador, tan característica de los últimos años, de pensar que con el endurecimiento de las sanciones penales se va a conseguir disminuir el problema.

Por ello no podemos dejarnos llevar por una perspectiva unidireccional, sino que ha de tenerse en cuenta, en todo programa de política criminal, la perspectiva de la victimización que dicho fenómeno causa y en el entorno en que se produce, ya que, de lo contrario, el enfoque carecería de sentido de la realidad. No podemos por tanto dejarnos llevar por una visión exclusivamente jurídico-penal en el planteamiento.

La violencia de género es el más claro ejemplo de las desigualdades que se producen entre hombres y mujeres y uno de los problemas sociales más graves a los que se enfrenta nuestra sociedad y para el que desgraciadamente todavía no hay una solución definitiva que lo erradique. Pero poco a poco y gracias entre otras cosas a la conciencia social que del problema se está consiguiendo, las instituciones correspondientes se han puesto manos a la obra realizando así grandes avances como es la Ley 1/2004 de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta ley nace como mecanismo para prevenir, luchar y erradicar la violencia contra las mujeres y poder facilitar cualquier tipo de ayuda a las víctimas de estos delitos, aunque como decía antes aun este por demostrar su eficacia.

El objetivo inicial de este trabajo era un trato jurídico del problema, pero tras leer mucha documentación, y darme cuenta de que mis conocimientos en el ámbito penal son muy limitados, lo he ido encaminando más al estudio en profundidad del problema.

Tras mi paso por el posgrado y la investigación que he hecho para este proyecto me he dado cuenta, a pesar de ya estar sensibilizada con el tema, de la autentica gravedad del mismo, de las herramientas existentes para su lucha así como sus deficiencias.

Por todo esto desarrollaré a continuación todo lo que he considerado importante abordar sobre la violencia de género junto con mi opinión personal y unas posibles soluciones que planteo desde mi perspectiva.

II. EVOLUCION SOCIAL DE LA MUJER ¿HACIA LA IGUALDAD DE SEXOS?

Las relaciones hombre-mujer a lo largo de los siglos XX y XXI ha sufrido unos cambios significativos, lo cual ha supuesto un nuevo modelo familiar, de una familia extensa y tradicional, en la cual existía entre hombre y mujer una gran desigualdad en sus relaciones tanto personales como sociales, se ha pasado a una familia moderna e individual en la cual las relaciones se hacen un plano de mayor igualdad, que no ha impedido, sin embargo, que las mujeres sigan siendo víctimas perdedoras, en la mayoría de los casos, de esas relaciones.

La mujer de la sociedad occidental se sitúa en un plano de cierta igualdad. Si bien es verdad que aún persisten “discriminaciones”, el avance en esta materia ha sido durante estos dos últimos siglos espectacular. Lamentablemente, no puede decirse lo mismo de la situación en la que se encuentra la mujer en sociedades islámicas, en el área sudamericana, en los países del Extremo Oriente o en general en África.

En España, al igual que en el resto de la llamada civilización occidental, la mujer ha mejorado su condición social en los últimos treinta años. En la actualidad su papel está cambiando, tanto a nivel familiar, educativo y laboral. Pero no siempre ha sido así. Recordemos algunos datos históricos que nos ofrecerán una perspectiva más amplia del problema.

Todas las culturas, salvo raras excepciones, se cimentaban en el patriarcado, una forma de organización familiar donde la figura dominante la ejercería el varón. La mujer ocupaba una posición secundaria a nivel familiar lo que repercutía en su falta de representatividad social. Tal era así, que por ejemplo la Iglesia no reconoce a la mujer el estar en posesión de un alma hasta el siglo VIII. Esta falta de reconocimiento equivalía a no ser considerada sujeto de derechos como lo era el hombre.

En la Grecia clásica la mujer solo gozaba de cierta libertad durante la soltería. La mujer casada se pasa a denominar “mujer tomada” y es colocada bajo el yugo del matrimonio. El matrimonio es un acuerdo entre el padre del novio y el futuro esposo sin que aquella participe en la elección. La condición de ciudadano y sus derechos adyacentes solo la poseía el hombre quedando la mujer excluida de muchos de ellos al igual que ocurría con los esclavos y extranjeros. El hombre podía cohabitar con concubinas, sirvientes o cautivos bajo el mismo techo conyugal. Sin embargo la mujer adúltera si era sorprendida por el marido podía ser asesinada por este en el acto.

Más adelante en la época de la Ilustración autores tan poco sospechosos de frivolidad como Kant o Hegel mantienen desde un racionalismo a ultranza la desigualdad hombre-mujer amparada en la inferioridad de la mujer. Concretamente Kant alude a la superioridad natural y las facultades de los hombres sobre las mujeres, el hombre es el sujeto de acción, la mujer aparece en un segundo plano.

Hegel defiende la existencia de un doble código de moralidad en el hecho de que la mujer es incapaz de salir de su pura individualidad, de su pequeño entorno, para alcanzar a comprender los rasgos universales de la ética. Es decir, la mujer está demasiado apegada a la naturaleza como para poder alcanzar a comprender la cultura. En este sentido Hegel hablara de la limitación femenina. Algo parecido a decir “la

mujer no da más de sí, esto implica que no podemos aplicarle un código moral con las mismas exigencias que al hombre”.

La mujer se encontraba jurídicamente sometida al hombre de tal forma que desde su nacimiento dependía del padre y tras el matrimonio, de su marido. Puede decirse que la sociedad no se ocupaba de lo que pudiera ocurrirle a la mujer de puertas adentro de su domicilio. Desde el punto de vista político la situación no era mejor. Era considerada como una menor de edad incluso en los países de más larga tradición democrática durante el Siglo XX. En Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña se suceden los movimientos “feministas” que buscan el sufragio universal. El año 1917 la mujer inglesa de más de 30 años tendrá derecho al voto.

En el siglo XX en Estados Unidos multitud de sentencias reconocen que la violencia del marido, incluso provocando lesiones a la mujer, se hace con el propósito de ayudarla para no cometer errores.

Por supuesto, las situaciones violentas contra la mujer no eran valoradas socialmente como en su justa medida. Así, agresiones sexuales como la violación no era considerada grave desde el punto de vista del daño psíquico causado a la mujer, sino en cuando al honor de la familia –padre o marido- que quedaba mancillado. De tal forma que la mejor manera de salvaguardar ese honor era morir impidiendo la violación. de una mártir no se dudaría si habría opuesto o no la suficiente resistencia.

Los acosos sexuales han existido siempre aprovechando normalmente la situación de superioridad jerárquica del acosador. Era algo como el “triunfo” que había que pagar para obtener una remuneración. Muchas veces se consideraba una obligación del puesto de trabajo. Casi siempre la denuncia tenía consecuencias negativas para la propia víctima en el sentido de que se ponía en duda su “decencia”.

Con estos breves apuntes históricos hemos visto la situación de inferioridad que la mujer siempre ha padecido en su relación con el hombre. Sin embargo, hoy día esa relación va cambiando y sobre todo lo está haciendo en el seno donde siempre se ha dado: la familia.

III. PERFILES CRIMINOLÓGICOS DEL FENOMENO

1. Concepto

Hasta hace poco el concepto de violencia dentro del núcleo familiar era difuso y controvertido, ya que algunos actos que hoy son considerados agresiones, antes eran plenamente aceptados socialmente. Sin embargo, el aumento de la participación de la mujer en la vida social y laboral, junto con las políticas de educación igualitaria, ha permitido que salgan a la luz casos de maltrato físico y psicológico que hasta entonces habían permanecido escondidos en el seno familiar o de la pareja.

La Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, elaborada el 20 de diciembre de 1993, define este tipo de agresiones **"como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada"**.

Es decir, la mujer maltratada es toda mujer que se ve sometida repetidamente a abusos por parte de un varón con el que mantiene o ha mantenido una relación íntima, bien sea de hecho o de derecho. Estas agresiones van desde amenazas e insultos verbales hasta golpes y actos homicidas.

Siempre se ha hablado de maltrato domestico, violencia de género, maltrato familiar, etc, pero algo es claro en toda esta terminología, y es que lo definamos como lo definamos siempre llegamos a la misma conclusión, y es que se trata de¹:

- **Conducta Violenta**: uso de la fuerza para resolver conflictos interpersonales en un contexto de desequilibrio de poder momentáneo o permanente.
- **Relación de abuso**: el vínculo entre dos personas caracterizado por el abuso de uno hacia otro.

¹ DE PAUL, J (1988). Estrategias de identificación, tratamiento y prevención de los malos tratos y el abandono infantil. *Zerbitzuam*, 4, 17-36.

Bajo nuestro punto de vista, la violencia doméstica alude a todas aquellas formas de abuso que tienen lugar en las relaciones entre quienes sostienen un vínculo afectivo relativamente estable.

2. Datos estadísticos

Que mejor manera de ver esta evolución que a través de datos objetivos.

Como decíamos antes, por suerte la sociedad está empezando a tomar conciencia de la importancia que esta problemática presenta, aun así resulta muy difícil conocer las cifras reales de este tipo de delitos. En este sentido España no es una excepción, y nos encontramos a la vez con una gran escasez y una enorme diversidad en los datos que reflejan las formas de violencia contra las mujeres.

Los datos que nos encontramos, como decíamos, son escasos, dispersos y fragmentarios. Apenas en los últimos años empiezan a registrarse las muertes de mujeres a manos de sus maridos o compañeros. También es muy reciente el registro estadístico de las denuncias por violencia doméstica, es decir las denuncias presentadas por agresiones constitutivas de delito o falta según el código penal. Los datos que mayor información ofrecen los encontramos en una encuesta a nivel nacional realizada por el Instituto de la Mujer en el año 1999. A partir de esta encuesta se puede conocer, con algo más de amplitud, la importancia cuantitativa de la violencia doméstica en nuestra sociedad².

En este sentido y para intentar erradicar este problema en desde 1997 hay un mandato de la Unión Europea de recoger, elaborar y publicar anualmente datos sobre la violencia contra la mujer en cada uno de los países miembros. Pero este mandato no se realiza de forma rigurosa. Las fuentes estadísticas no son muy completas y todavía no han empezado a utilizarse registros unificados para todos los países.

² Madariaga y Apellainz, J. "Visión criminológica del maltrato a la mujer. Protección ciudadana. Excmo. Ayuntamiento de Logroño. (1998).

En España mueren al año cerca de 100 mujeres fruto de la violencia de género (sin contar los suicidios femeninos). Y eso teniendo en cuenta que en nuestro país solo se denuncian entre 10-12% de los casos de violencia de género, siendo la media en denunciar de hasta 10 años. Concretamente, en nuestra ciudad, se denuncia cada 2-3 días un caso de violencia doméstica y cada 8-9 días un caso de violencia sexual. A nivel mundial, se calcula que cada 10 minutos muere una mujer por algún tipo de violencia. De hecho, la primera causa de muerte de las mujeres europeas (entre 16 y 44 años) es, precisamente, la violencia de género, por delante del cáncer y de los accidentes laborales³. En un estudio pormenorizado de algunos países de nuestro entorno, los datos son también escalofriantes:

- **Estados Unidos:** Los daños causados por la violencia doméstica superan los daños por accidente de circulación. Se produce una violación cada 6 minutos y 51 50% de las esposas son víctimas de la violencia por parte de su marido.
- **Reino Unido:** Un análisis histórico ha demostrado que los asesinatos cometidos a finales del siglo XIX en Inglaterra y Gales, el 50% eran de mujeres asesinadas por su pareja.
- **Francia:** El 95% de las personas que sufren violencia son mujeres, en el 51% de los casos son víctimas de sus maridos.
- **Dinamarca:** El 25% de las mujeres divorciadas afirman que la causa de su ruptura matrimonial ha sido la violencia.
- **Canadá:** Se calcula que 1 de cada 4 mujeres será víctima de una agresión sexual en algún momento en su vida.
- **Chile:** En Santiago, la capital, el 80% de las mujeres ha declarado que ha sido víctima de la violencia doméstica.

³ Datos aportados por la organización mundial “Women’s rights are international women’s rights” y citados por Adavas (Asociación de Ayuda a Víctimas de Agresiones Sexuales)

- **México:** El 95% de las mujeres son víctimas de acoso sexual.
- **Bolivia:** El 79% de las niñas afirman haberse convertido en prostitutas después de fugarse de hogares donde reinaba la violencia y donde eran víctimas de incesto y violación por parte de sus parientes masculinos.
- **Nicaragua:** El 44% de los esposos admite haber golpeado a menudo a sus esposas o novias.
- **Pakistán:** El 99% de las amas de casa y el 77% de las trabajadoras son golpeadas por sus maridos.
- **Corea:** Más de 2/3 de mujeres son golpeadas habitualmente por sus esposos.

MUJERES MUERTAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO ¹ , SEGÚN NACIONALIDAD									
	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Españolas	43	50	36	37	61	53	37	48	43
Extranjeras	7	9	9	13	10	17	18	20	28
UE	2	0	2	6	1	2	5	6	6
Resto Europa	2	0	1	2	0	1	2	1	4
África	1	2	0	2	0	4	4	5	2
Latinoamérica	2	7	5	3	9	6	6	8	14
Otras	0	0	1	0	0	4	1	0	2
Desconocida	4	4	5	4	0	2	3	0	0
	TOTAL								
	54	63	50	54	71	72	58	68	71
% Víctimas extranjeras sobre total de mujeres de nacionalidad conocida	14,00	15,25	20,00	26,00	14,08	24,29	32,73	29,41	39,44
Tasa de víctimas extranjeras por millón de mujeres extranjeras	18,94	19,89	13,77	13,98	8,00	11,90	10,35	10,37	13,18
Tasa de víctimas españolas por millón de mujeres españolas	2,13	2,47	1,77	1,82	2,99	2,59	1,80	2,32	2,05

Fuente: 1999-2005: Elaboración propia a partir de noticias de prensa y de datos del Ministerio del Interior. A partir de 2006 datos de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Nota:

1. Se incluyen aquellos casos en los que el agresor es el cónyuge, ex cónyuge, compañero sentimental, ex compañero sentimental, novio o ex novio.

En relación a la distribución de las mujeres fallecidas a manos de sus parejas o exparejas en España según la nacionalidad, la estadística deja clara la prevalencia de las mujeres de nacionalidad extranjera frente a las mujeres españolas. Así, se observa que en el año 2007 casi el 40% de las víctimas era de nacionalidad extranjera, lo cual supone un porcentaje elevadísimo, teniendo en cuenta que la población extranjera empadronada, en ese mismo año, apenas llega al 9%. Esto implica que cuando hablamos de muertas por violencia de género es 6 veces mayor entre las mujeres de nacionalidad no española que entre las nacionales. Manteniéndose este dato a lo largo del periodo 1999-2007⁴.

En las siguientes tablas se mostrará la evolución que se ha producido en las denuncias en el periodo comprendido entre 1983 y 2007, es decir, una perspectiva del proceso de la puesta en conocimiento de estos delitos desde hace más de veinte años pasando por la implantación de la ley 11/2003 de Medidas de Protección Integral y la 1/2004 contra la Violencia de Género

4 Ministerio de Trabajo y asuntos sociales. “Plan de acción contra la violencia doméstica”. Instituto de la mujer.

LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN EL ÁMBITO FAMILIAR. EL ARTÍCULO 173.2 DEL
CÓDIGO PENAL

DENUNCIAS POR MALOS TRATOS DE MARIDOS A SUS ESPOSAS (1983-1996)

	DENUNCIAS MALOS TRATOS PSÍQUICOS Y FÍSICOS	DENUNCIAS MALOS TRATOS PSÍQUICOS	DENUNCIAS MALOS TRATOS FÍSICOS	TOTAL
1983 ¹	3.930	2.581	5.005	11.516
1984 ²	5.667	3.691	7.083	16.441
1985 ³	5.695	3.879	7.236	16.810
1986	6.363	3.813	6.880	17.056
1987	5.887	3.642	5.667	15.196
1988	5.607	3.671	5.183	14.461
1989	7.179	4.722	5.837	17.738
1990 ⁴	6.849	4.384	4.856	16.089
1991 ⁵	7.122	4.851	4.974	16.946
1992 ⁶	6.934	4.814	4.774	16.520
1993	6.555	4.874	4.479	15.908
1994	6.650	5.052	4.582	16.284
1995	6.799	4.882	4.441	16.122
1996	6.785	5.105	4.488	16.378

Fuente: Ministerio de Interior. Dirección General de Policía.

En este primer periodo comprendido entre 1983 y 1996, independientemente de que la tabla esta definida en función del maltrato que se diera, se observa que el número total de denuncias se mantuvo estable, en torno a las 16.000-17.000 anuales. Lo que sí se puede observar es que el número de denuncias por malos tratos psíquicos y físicos de forma conjunta no ha tenido una variación importante, mientras que sí parece que la ha habido en el caso de las denuncias presentadas únicamente en relación con el maltrato psíquico.

**MUJERES VÍCTIMAS DE MALOS TRATOS A MANOS DE SU CÓNYUGE O ANÁLOGO¹,
1997-2001**

	DELITOS	FALTAS	TOTAL
1997	3.343	14.145	17.488
1998	5.546	13.989	19.535
1999	6.603	15.077	21.680
2000	6.224	16.173	22.397
2001	5.983	18.175	24.158

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio del Interior.

En este periodo que abarca cinco años, y todavía sin implantar la citada ley, muestra como a partir de 1997 se produce un progresivo aumento del número de denuncias. Esto posiblemente debido a la sociabilización que se está produciendo de este problema y como consecuencia a la tendencia a denunciarlo. De todo esto se extrae que en este periodo el número de casos denunciados aumento en más de un 38%.

VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EJERCIDA POR PAREJA O EX PAREJA, 2002-2007									
	MUJERES			HOMBRES			AMBOS SEXOS		
	Delitos	Faltas	Total delitos+faltas	Delitos	Faltas	Total delitos+faltas	Delitos	Faltas	Total delitos+faltas
2002	11.047	32.266	43.313	984	7.232	8.216	12.031	39.498	51.529
2003	15.464	34.626	50.090	1.232	7.629	8.861	16.696	42.255	58.951
2004	40.518	17.009	57.529	3.527	5.991	9.518	44.045	23.000	67.047
2005	49.237	10.521	59.758	4.518	6.562	11.080	53.755	17.083	70.838
2006	53.553	8.617	62.170	4.325	6.476	10.801	57.878	15.093	72.971
2007	55.618	7.729	63.347	4.241	6.661	10.902	59.859	14.390	74.249

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Ministerio del Interior.

Como se puede observar las tablas, independientemente del número de denuncias que se puede producir, han ido evolucionando a la hora de establecer las variables a tener en cuenta. Así en esta última nos fijamos que se han introducido dos cambios. En primer lugar se comienza a incluir también en estas tablas, aparte de a la pareja, a la ex pareja por cualquiera que haya sido la relación de afectividad que les uniera. En segundo lugar, el Instituto de la Mujer y el Ministerio Fiscal incluyen a partir de este momento también una más amplia tipología de infracciones penales, muchas de las cuales no eran tomadas en consideración con anterioridad.

Todo esto queda reflejado en los datos. De esta forma vemos que el número de denuncias que se manejando hasta el periodo anterior ha producido un incremento considerable, pasando, así, de las 24.158 denuncias interpuestas por mujeres, en 2001 a las 43.313, en 2002.

En todo caso centrándonos en el número de mujeres que han denunciado malos tratos por parte de su pareja o ex pareja, entre los años 2002 y 2007 el dato se eleva más de un 46%.

Como explica el Instituto de la Mujer en su estudio “La Mujer en Cifras. 1983-2008”: en 2003, se introdujeron en el Código Penal importantes modificaciones; entre ellas, el que determinadas infracciones que, hasta ese momento, eran consideradas “faltas”, pasaran a considerarse “delitos”. Eso hace que, si en el años 2002, los delitos constituían tan solo el 26% del total de infracciones, en el años 2007, el porcentaje se haya elevado hasta el 88%, correspondiendo a las faltas, tan solo el 12% restante.

Cuando se contrastan estos datos con las denuncias formuladas por hombres por malos tratos a manos de su pareja o ex pareja (sin especificación del sexo de la persona agresora), vemos que su incidencia es 6 veces menor.

3. Falsas creencias sobre la violencia en el ámbito familiar

A continuación, “destaparemos” algunas de las creencias que están asentadas erróneamente en nuestra sociedad, respecto al grave problema de la violencia en el ámbito familiar.

✚ *“Los casos de violencia familiar son escasos, no son un problema tan grande”.*

FALSO: las estadísticas reflejan claramente que alrededor de un 50% de las mujeres sufren algún tipo de maltrato.

✚ *“La violencia familiar es producto de algún tipo de enfermedad mental”*

FALSO: Todo lo contrario, las personas sometidas a maltrato desarrollan trastornos psicopatológicos. Luego, no los agresores quienes sufren la enfermedad mental, sino sus víctimas y, además, como consecuencia precisamente del maltrato.

✚ *“La violencia física sólo se da en las clases sociales más bajas”.*

FALSO: los estudios y todos los datos que normalmente les acompañan, son determinantes en cuanto al hecho de que este problema se da en todos los niveles, sociales y culturales.

✚ *“El consumo de alcohol es la causa de las conductas violentas”.*

FALSO: porque si bien es cierto que, en algunos casos, favorece el que surjan conductas violentas, esto no es lo mismo que afirmar que es el consumo el que las causa. El alcohol favorece por sus propiedades claramente desinhibidoras.

✚ *“Si hay violencia no puede haber amor en la familia”.*

FALSO: en la familia coexiste violencia y amor. De hecho, se distinguen una serie de ciclos en el fenómeno de la violencia familiar, en los que lo característico, precisamente, es la combinación, por parte del agresor, de espacios de violencia seguidos por otros de innumerables muestras de amor. Un cambio de conducta que desorienta a la víctima, pero que, al mismo tiempo, y por desgracia, alimenta su dependencia afectiva respecto a su agresor, llevándole incluso a soportar ultrajes y episodios de violencia más allá de lo que sería deseable.

✚ *“A las mujeres víctimas les gusta que les maltraten, sino no estarían ahí”.*

FALSO: los acuerdos masoquistas en una pareja no entran dentro de la definición de violencia doméstica.

✚ *“Las víctimas lo buscan, hacen algo para provocarlo”.*

FALSO: la conducta violenta es únicamente responsabilidad de quien la ejerce. Es más, ya es hora de que dejemos de lado esas históricas e innumerables creencias machistas en una supuesta “co-responsabilidad” de la mujer en los supuestos en que es víctima de

✚ *“El abuso sexual y violaciones ocurren en lugares peligrosos y oscuros. El atacante es desconocido”.*

FALSO: en el 85% de los casos el maltrato se produce en el ámbito doméstico, por persona conocida o un familiar.

✚ *“El maltrato emocional no es tan grave como el físico”.*

FALSO: el maltrato emocional causa secuelas tan o más graves que el físico.

✚ *“La conducta violenta es innata y pertenece a la esencia del ser humano”*

FALSO: la conducta violenta es aprendida, lo innato en el ser humano es la agresividad pero es una agresividad adaptativa al medio. La conducta violenta no es innata.

✚ *“Cuando las mujeres dicen no, en el fondo quieren decir si”*

FALSO: cuando una mujer dice NO, solo tiene un significado, NO.

✚ *“Los malos tratos lo sufren un grupo determinado de mujeres: entre 25 y 40 años, sin trabajo remunerado, con descendencia, sin estudios o cultura”*

FALSO: El maltrato domestico lo sufre todo tipo de mujer, independiente de la edad, de su condición económico-social o de su cultura y educación.

Además de todo esto, existe la falsa creencia de que son asuntos privados de familia, y que no se deben comentar o denunciar, “que los trapos sucios se lavan en casa”, que actualmente hay más casos porque está de moda, y un largo etcétera, que impide en muchas ocasiones que la víctima denuncie. Falsos “bulos” o creencias que, además, sólo conducen a que se subestime este problema, de ahí que las últimas campañas del Gobierno, en aras a prevenir y evitar estas conductas, lo presenten como

un problema social, un problema de todos, invitando a que toda persona, que sea testigo directo o indirecto de una agresión familiar, denuncie el hecho a la policía⁵.

4. Efectos o consecuencias en la víctima. La violencia física y psicológica

Como es sabido, el maltrato domestico o violencia de género como se le domina actualmente, no comporta únicamente la violencia física, si no que conlleva aparejado la violencia psíquica, la cual, en la mayoría de los casos, es más degradante para la víctima que la propia violencia física⁶.

Desde esta perspectiva, parece lógico pensar que además de los daños físicos que le pueda producir a la víctima (desde equimosis y rozaduras en la piel, pasando por hematomas, hasta roturas de huesos fruto de las palizas gratuitas a las que, a veces, son sometidas exista víctimas), exista un daño psicológico que en la mayoría de los casos es muy difícil de tratar, y que va a dejarle secuelas, seguramente, de por vida. Nos estamos refiriendo, en términos generales, a la destrucción sistemática de la autoestima de una persona por medio de la crítica, los insultos, la burla o el abandono. Porque esto, y hay que tenerlo muy presente, también constituye maltrato y violencia. No hay duda de que a veces los golpes al “alma” pueden herir mucho más que los golpes al cuerpo, incluso pueden dejar heridas mucho más profundas y duraderas que las heridas corporales.

La violencia en la pareja es una situación estresante que causa un impacto psicológico importante en la mayoría de las víctimas. Como cualquier agente estresante, la violencia en la pareja produce reacciones de diferente intensidad en función de variables tales como la personalidad, las habilidades de afrontamiento, los recursos personales y sociales de las víctimas, así como de variables relacionadas con las características específicas del maltrato: su duración ,el tipo y el grado de violencia sufrido, fundamentalmente.

⁵ Campaña contra la violencia de género. Ministerio de Asuntos Sociales y el Observatorio contra la violencia de Género. Gobierno de España. Año 2008.

⁶ SARASUA B, ZUBIZARRETA I, ECHEBURÚA E y CORRAL P (1994). Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar. En E. Echeburúa (Ed). *Personalidades Violentas*. Madrid: Pirámide.

La evaluación de este impacto sobre las víctimas ha estado a menudo polémica ya que desde diferentes foros se ha tratado de imponer la idea de que las víctimas presentan, previamente a la situación de maltrato, una serie de anomalías o características psicológicas que propician el hecho de acabar siendo víctima de una situación de este tipo, mezclándose así dos asuntos diferentes: a.- la relación directamente proporcional entre haber crecido en una familia en la que la madre era sistemáticamente maltratada por el padre y las probabilidades futuras de ser maltratada por su pareja en la edad adulta y b.- la existencia de psicopatología previa en la víctimas de maltrato.

5. Los efectos devastadores sobre la psique de la mujer.

El gran problema que tiene la violencia psicológica es que es muy difícil de reconocer por parte de las víctimas (y por parte de determinados profesionales). Las razones por las cuales la violencia psicológica es más difícil de reconocer y erradicar, son porque sus víctimas en general continúan sufriendo en silencio. Y porque, al contrario de los efectos de la violencia física, sus heridas no son evidentes a la vista. Peor aún, cuando los que sufren esta violencia recurren finalmente a la ayuda de otros, frecuentemente no son comprendidos o incluso no se les trata con justicia.

En el caso del maltrato psicológico, desafortunadamente, muchas veces las propias mujeres que lo sufren permanecen voluntaria o silenciosamente en esa situación, pues creen que el maltrato psicológico no es lo suficientemente serio o dañino como para intentar detenerlo. Algunas mujeres, incluso, piensan que no les creerán cuando denuncien a su victimario, ya que éste presenta a menudo una falsa imagen de sí mismo ante los demás. Los victimarios tienden a manifestar comportamientos extremos, tanto de bondad como de crueldad y quizás, precisamente por ello, las mujeres víctimas sienten vergüenza de tener que informar a otros de algo que ellas han permitido que continúe. La mayoría de ellas temen la venganza de sus victimarios o el tener que enfrentarse solas a la vida. Todas ellas sufren en general de problemas emocionales, de una baja autoestima y de una incapacidad para establecer límites.

Sea como fuere, son algunas formas de maltrato psicológico:

- **Abuso verbal:** Rebajar, insultar, ridiculizar, humillar, utilizar juegos mentales e ironías para confundir, etc.
- **Intimidación:** Asustar con miradas, gestos o gritos. Arrojar objetos o destrozar la propiedad.
- **Amenazas:** De herir, matar, suicidarse, llevarse a los niños.
- **Abuso económico:** Control abusivo de finanzas, recompensas o castigos monetarios, impedirle trabajar aunque sea necesario para el sostén de la familia, etc.
- **Abuso sexual:** Imposición del uso de anticonceptivos, presiones para abortar, menosprecio sexual, imposición de relaciones sexuales contra la propia voluntad o contrarias a la naturaleza.
- **Aislamiento:** Control abusivo de la vida del otro, mediante vigilancia de sus actos y movimientos, escucha de sus conversaciones, impedimento de cultivar amistades, etc.
- **Desprecio:** Tratar al otro como inferior, tomar las decisiones importantes sin consultar al otro

Lo cierto es que en muy contadas ocasiones se atiende a víctima con problemas psicológicos importantes con anterioridad al maltrato.

Entre las principales consecuencias psicológicas que presentan las víctimas de violencia de género se encuentran, se encuentran las que a continuación se relacionan.

A. Síndrome de estrés postraumático

Trastornos cognitivos y de la memoria, muy parecidos a los que aparecen en el Síndrome de Estrés Postraumático (SEPT) que no son sino las consecuencias a largo plazo de haber sido víctima de un trauma que de una u otra manera supuso un riesgo para su vida o su integridad física. Entre las principales características des tenemos:

Recurrencia. La víctimas reexperimentan los eventos traumáticos, o fragmentos de ellos, de forma espontánea o *por* asociación con estímulos que se los recuerdan. Las secuencias temporales pueden resultar afectadas, recordándose juntos episodios de agresión que, de hecho, fueron diferentes. El miedo o la anticipación de episodios de violencia pueden disparar flash-backs, imágenes vividas de episodios pasados (Labrador, 2004; Soria, 2005...)

El problema no es solo la recurrencia obsesiva de recuerdos e imágenes, sino toda la afectación emocional que produce volver a reexperimentar el trauma. La recurrencia implica una retraumatización.

- **Confusión mental.** A veces es tan aguda que parece un trastorno del pensamiento. La confusión ayuda a la víctima a protegerse de la percepción constante de la probabilidad de un nuevo episodio de maltrato. Implica:

Problemas en la atención y estados disociativos. Le resulta difícil atender a las demandas del ambiente, e incluso cuidar de ella misma. De forma involuntaria su atención se centra en aspectos irrelevantes o internos. Los estados disociativos pueden tener una función protectora, permitiéndole reducir el dolor psicológico y físico que experimenta.

Estilos cognitivos pesimistas. La repetición de los episodios de violencia produce un estilo cognitivo pesimista denominado indefensión aprendida. Las personas que desarrollan este estilo piensan que son incapaces de controlar o tener alguna influencia en los acontecimientos que les suceden, y que, por lo tanto, están a merced de

ellos. Sienten que tendrán mala suerte, que hagan lo que hagan todo les irá mal, etc. Lógicamente, por aquí se desemboca en la depresión, con una relación directa sobre la autoestima de la víctima y su falta de implicación gradual en actividades lúdicas.

B. Síntomas de evitación

El maltrato continuado provoca la utilización de una serie de estrategias para afrontar el dolor, basadas fundamentalmente en la evitación, con expresiones tales como la negación y la minimización de los hechos y la represión de la expresión emocional. Como consecuencia de ello, las víctimas pueden llegar a dudar de la realidad del maltrato. Por otra parte, la evitación suele generar fobias en las víctimas, que acaban por evitar todo aquello que le recuerda los episodios traumáticos.

El aislamiento social es otra forma de evitación del dolor y la víctima lo puede aprovechar para evitar contar a las personas relevantes de su entorno social lo que está pasando. Es también una de las estrategias de poder y control sobre la víctima de las que se valió el agresor. Sirve para que la víctima calme el miedo del agresor a ser abandonado, o sus intensos celos. La mujer acaba creyendo que cuanto menos contacto tenga con el mundo exterior menores serán las oportunidades de que algo dispare la agresión.

C. Síntomas de hiperalerta

En situaciones de maltrato, ser capaz de reconocer los indicios tempranos que lo desencadenan supone la posibilidad de evitarlo. Ello obliga a una alerta constante y prolongada que las hace reaccionar de forma exagerada a estímulos nimios. Entrenadas en la detección de indicios, muchas de las víctimas responden a pistas que otras personas no perciben o que perciben inocuas. Una vez la relación de maltrato ha finalizado, esta sensibilidad a los peligros potenciales frecuentemente se prolonga bastante en el tiempo. Siguen sintiéndose en un ambiente hostil, con hipersensibilidad ante conductas y actitudes que han aprendido a interpretar como peligrosas para su integridad o autoestima.

D. Ansiedad

La violencia repetida e intermitente, entremezclada con períodos de arrepentimiento y ternura, genera en la víctima una respuesta: de alerta y de sobresalto permanentes. Esta es, por cierto, una de las razones por las que la víctima no denuncia en la esperanza de que el agresor cambie y también de que, en caso de denunciar, retire la denuncia poco tiempo después de haberla interpuesto, hecho que en muchas ocasiones supone la interrupción del proceso penal que permite responsabilizar al agresor de su conducta.

E. Sentimientos de culpabilidad

Los mismos pueden estar relacionados con las conductas que la víctima ha realizado para evitar la violencia como son mentir, justificar al agresor, tener contactos sexuales a su pesar, consentir el maltrato a los hijos, etc. Un alto porcentaje de las mujeres se atribuyen a sí mismas la culpa de lo que les ocurre pensando erróneamente, como consecuencia de un estereotipo social cada vez más obsoleto, que quizá "algo mal" habrán hecho ellas para que su pareja se comporte de esa manera.

Aquellas mujeres que presentan autoculpabilización son aquellas con más dificultades para tomar la decisión de denunciar los maltratos a los que el agresor las somete.

En resumen, la violencia en la pareja es una variable de riesgo para el desarrollo de trastornos emocionales, tanto si la violencia es física como psicológica, ya que ésta última es percibida por la víctima como más dolorosa incluso que la violencia física (Echeburúa y Corral, 1998).

Investigaciones llevadas a cabo sobre este aspecto (Echeburúa, Corral, Sarasua y Zubizarreta, 1996) concluyen que existen factores que están relacionados con el nivel de gravedad de los síntomas. El hecho de haber sufrido agresiones sexuales dentro del matrimonio, la ausencia de denuncia y la falta de apoyo social y familiar están asociados con un mayor impacto psicológico.

Los resultados de esta investigación también aportan evidencia sobre las diferencias en la percepción del grado de malestar psicológico dependiendo del momento en que se encuentren en la relación de maltrato. Así, las víctimas que están más afectadas son aquellas que están inmersas en una relación violenta, que mantienen una dependencia afectiva de su pareja y que no han considerado la posibilidad de una separación. Sin embargo, los autores afirman que más de un tercio de las víctimas que acuden a tratamiento psicológico están separadas o en trámites de separación, lo que indica que el mero alejamiento del agresor no es suficiente para la recuperación de las víctimas.

Finalmente, según indica Echeburúa (2002), en los casos de denuncia, la dinámica judicial desempeña un papel importante en las consecuencias emocionales que presentan las víctimas. En concreto, la demora de los juicios, la exposición pública de lo ocurrido, así como la culpabilización generada, contribuyen a la victimización secundaria de las mujeres maltratadas, es decir, a un sufrimiento añadido al de la propia violencia en sí y derivado de la incursión de la víctima en el proceso judicial que genera la interposición de la denuncia y en el que muy frecuentemente se encuentra perdida y desinformada.

Toda esta terminología, en definitiva, no es más que una serie de conceptos, que nos reflejan las posibles maneras que tiene una persona de humillar a otra. Ahora bien, hacemos referencia a todo esto porque, a nuestro entender, para llevar a cabo un programa de política criminal se debe conocer el problema en toda su profundidad. Es más, el propio programa, para ser efectivo, debe abarcar de una manera integral todos los aspectos, tanto los jurídico-penales como los psicológicos y sociales. Sobre ello hablaremos más distendidamente cuando afrontemos el análisis del problema.

Cabe decir que uno de los problemas a los que se ve sometida cualquier víctima, y en especial la víctima de la violencia de género, es a la *victimización secundaria*. La victimización secundaria es un problema que agrava más la situación a la que la víctima se ve sometida, ya que conlleva el pasar por todos los estamentos legales contando nuevamente lo sucedido, sufriendo nuevamente al contarlo, sin que en muchas

ocasiones sirva para nada, generándole, eso sí, una sensación de impotencia y de incertidumbre.

6. Factores explicativos de la conducta agresora

Pero el problema desde nuestro punto de vista radica, no sólo en la falta de una legislación competente y dura que haga que los agresores no agredan a sus víctimas, o en el uso correcto y serio de la legislación existente, si no que estriba en la raíz del propio problema. ¿De qué nos vale una ley integral que asista a todas las víctimas de violencia de género, si la propia víctima no pone en conocimiento que está siendo maltratada? La ley servirá a modo de protección y asistencia a las víctimas, pero en un Estado Democrático de Derecho, no podemos olvidarnos que una de las competencias del estado es la regulación de las conductas para poder convivir socialmente sin que nuestros derechos se vean vulnerados, pero para ello no solo hay que utilizar el *ius puidendi*, si no que hay que acudir a la prevención antes que al castigo. La prevención debe ser lo prioritario entre las funciones del Estado, y en este tipo de delitos más aún.

Si no conseguimos que las mujeres maltratadas pongan en conocimiento los que les sucede, estaremos dejando sin asistir a un número elevado de víctimas en nuestra sociedad.

Para poder intervenir de forma preventiva hay que conocer el problema desde lo más profundo del mismo, hay que atacar a la raíz del problema para saber por qué ocurre y por qué algunas mujeres después de años y años siguen siendo víctimas de malos tratos en silencio. Pasaremos pues, a exponer una serie de factores que nos digan por qué ocurren los malos tratos.

A. Modelo explicativo de malos tratos⁷.

Es un fenómeno multicausal. Tres niveles:

- Primer nivel, destacamos los siguientes factores:
 - Creencias y valores culturales (el hijo es potestad del padre)
 - Concepción acerca del poder y la obediencia (manda él).
 - Actitudes hacia el uso de la fuerza como forma de resolver conflictos.
 - Concepto acerca de los roles familiares, de los derechos y responsabilidades.
- Segundo nivel, estamos más cerca del sujeto. Factores:
 - Legitimación institucional de la violencia.
 - Modelos violentos (medios de comunicación).
 - Victimización secundaria
 - Carencia de legislación adecuada o la que hay no se aplica severamente
 - Escasez de apoyo institucional para las víctimas
 - Impunidad de los perpetradores
- Tercer nivel, factores:
 - Haber sido víctima de malos tratos en la infancia. Historia personal de los maltratadores y también de la víctima (sumisa).
 - Aprendizaje de resolución violenta de conflictos.
 - Autoritarismo en las relaciones familiares (“porque lo digo yo”).
 - Baja autoestima, al agresor le sube cuando maltrata y a la víctima le baja.
 - Aislamiento, generado por el perpetrador porque pretende que la mujer no tenga ninguna relación con otras personas así se asegura de que no va a hablar con nadie y así no va a comparar su situación con otra persona y reaccionará, sino que así la víctima se culpará.

⁷ BELÉN BERMEJO. Profesora titular de la Universidad de Salamanca. Facultad de Psicología y Profesora Titular de Ciencias de la Seguridad. Diplomatura de Criminología.

B. Ciclo de la violencia de género.

- **Fase de acumulación de la tensión:** Se produce una sucesión de pequeños episodios que llevan a roces permanentes entre los miembros con un incremento constante de la ansiedad y hostilidad.
- **Episodio Agudo:** Toda la tensión que se ha venido acumulando explota y comienza la agresión a la víctima. La gravedad de la acción variará, desde un empujón, hasta incluso el homicidio.
- **Luna de Miel:** Clave de la dependencia afectiva. Se produce el arrepentimiento por parte del agresor, con la petición de disculpas y promesas de nunca más hacerlo. Al tiempo vuelven a recomenzar los episodios de acumulación de tensión y a cumplirse el círculo.

Existen también unos factores ajenos a la víctima-agresor que suelen ser desencadenantes, pero nunca los culpables, no olvidar que la violencia es culpa del que la ejerce. Factores de riesgo:

- a. Estrés económico.
- b. Desempleo.
- c. Falta de apoyo social.
- d. Alcoholismo.

Como podemos ver este es un modelo que nos explica a grosso modo porque ocurre la violencia de género, pero hay más factores que nos ayuda a desgranar el problema y poder determinar con más exactitud qué es lo que está ocurriendo para que se de este tipo de delito.

C. Características del maltrato

- La víctima permanece en la relación violenta durante mucho tiempo (aprox. 10 años). Y tras la intervención terapéutica, muchas vuelven de nuevo.
- El maltrato se intensifica durante el embarazo

- Cuanto mayor sea la duración y severidad del maltrato, menor es la probabilidad de romper la relación.
- Existe una serie de factores que favorecen a que se continúe en las relaciones como los factores sociales, falta de apoyo ambiental y la vergüenza social, falta de recursos, dependencia económica.
- La vivencia de exposición al maltrato en la familia de origen, tanto en el hombre como en la mujer.

Dentro de este análisis del problema, no podía faltar el estudio de determinados factores predictivos de la violencia y las características de la víctima y del agresor, ya que el conocimiento de los mismos, nos llevará a una mejor intervención a la hora de determinar las opciones que se planteen para evitar este tipo de delito

D. Factores predictivos de la conducta violenta

Exista un aumento gradual de una interacción coactiva entre ambos: insultos, amenazas, aislamiento...

Las primeras agresiones físicas empiezan en el noviazgo o al principio del matrimonio. Cuando un incidente se produce una vez tiene muchas más probabilidades de que se vuelva a repetir un incidente similar.

En primer lugar se da maltrato psicológico, que es factor predictivo del maltrato físico.

La víctima no percibe su relación como problemática. Lo atribuye al estrés, al alcohol, etc....

E. Características del hombre violento

- ✓ Fue víctima o testigo de malos tratos en la infancia.
- ✓ Lo aprendió de su familia.
- ✓ Aspira por medio de la violencia a ejercer poder y control absoluto sobre su pareja.
- ✓ Se considera con derecho a saber todo sobre ella.

- ✓ Tiene baja autoestima
- ✓ Una imagen negativa de sí mismo
- ✓ Se siente fracasado.
- ✓ Es celoso
- ✓ Es reservado, no habla de sus sentimientos
- ✓ Doble fachada, aparenta una cosa pero es otra.
- ✓ Dependencia de la mujer, por eso crea esta dependencia en la mujer para evitar que le deje.
- ✓ Resistencia al cambio.
- ✓ Presencia de un determinado estilo comunicacional.

F. Características de la mujer maltratada.

- ✓ Dependencia económica.
- ✓ Consideración de la subordinación en su papel con respecto a la familia.
- ✓ Ya fue víctima de sus padres
- ✓ Aprendió a someterse a la voluntad de sus padres.
- ✓ Acostumbrada a conductas violentas.
- ✓ No se valora como persona, ni como mujer.
- ✓ Baja autoestima.
- ✓ Concepto del amor que le lleva al sacrificio y a la dependencia absoluta de su pareja.
- ✓ No tolera la idea de fracaso

G. Pensamiento de las mujeres maltratadas.

- ✓ No tengo otra alternativa mejor
- ✓ En otras parejas ocurre lo mismo
- ✓ Es normal lo que me sucede
- ✓ La próxima vez lo evitaré callándome.
- ✓ Soy yo la que provoqué el escándalo.
- ✓ Soy poco atractiva para él.
- ✓ Me merezco lo que me ocurre.

IV. ANÁLISIS O VALORACIÓN DEL CONJUNTO DE INSTRUMENTOS CON QUE SE CUENTA EN LA ACTUALIDAD PARA HACER FRENTE AL PROBLEMA

1. RESPUESTAS SOCIALES:

A. Institucionales:

Hay que intentar prevenir la propia agresión y las consecuencias que para la víctima se producen, ya no sólo debido al propio delito, sino también a aquellas consecuencias producidas por el deficiente o insuficiente trato por parte de los diferentes estamentos del sistema judicial.

Desde el punto de vista Criminológico, contamos con 3 formas de prevenir, no se trata de erradicar, sino reducir:

- **Prevención primaria:** causas de la delincuencia. Estudio y análisis de la etiología del problema en sí
- **Prevención secundaria:** Una vez se ha cometido ya el delito. Origen y causas. Orientación hacia la prevención y ayuda y asesoramiento a la víctima.
- **Prevención terciaria:** Prevención de la población carcelaria. Colaboración en el equipo multidisciplinar

Desde el punto de vista judicial o del derecho, distinguimos otros niveles de prevención:

- **Prevención General:** Intimidación a través de la pena, respetando los principios que rigen el derecho.
- **Prevención Especial:** Un delincuente evitará el cometer de nuevo otro delito al haber experimentado ya una primera sanción, al menos eso es lo esperado.

- **Prevención Comunitaria:** Establecer redes de apoyo mediante el compromiso de la comunidad para una mayor sensibilización, solidaridad y apoyo⁸.

B. Medidas Educativas:

Es necesario trabajar en la escuela, los valores, derechos y deberes, que serán en un futuro no muy lejano, muy importantes para la prevención, no sólo de este tipo de delincuencia, sino también de otros tipos delictivos. Llevar a cabo métodos educativos para mejorar la competencia de padres e hijos, programas desarrollados en el hogar, grupos de apoyo y servicios comunitarios necesarios.

Desarrollar cursos de formación para padres, hijos y los distintos profesionales educativos, para que exista un mayor conocimiento del problema, cómo tratar a la víctima y cómo reaccionar, a quién acudir ante una situación así y qué hacer para actuar con eficacia, Educar también en empatía, habilidades sociales, expresión de los sentimientos, y sobre todo educar para la igualdad y el respeto mutuo

C. Medios de Comunicación:

En ocasiones los medios de comunicación pueden distorsionar la realidad de las cosas o situaciones, pero con este tipo de delitos, una buena campaña publicitaria nos ayudaría a eliminar esas falsas creencias que la gente tiene asumidas y sensibilizaríamos más a toda la población, haciendo que tomen conciencia del problema en sí y ayudándoles a las víctimas a denunciar estas situaciones que han padecido o padecen.

Llevar a cabo campañas que eduquen en valores de igualdad y de principios morales, en el control de la agresividad, en la divulgación de derechos y deberes de todos y cada uno de los ciudadanos, en información sobre recursos institucionales, asociaciones a nuestro alcance... Han de sensibilizar también a los distintos profesionales que tienen contacto con las víctimas, para que no las culpen a ellas, que

⁸ Martín Espinosa Ceballos, Elena la violencia doméstica: análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado. Granada, Comares,(2001)

no las responsabilicen, porque así aumentaría el sentimiento de culpa, fracaso, indefensión que ya tienen.

Llevar a cabo en la televisión, radio... Charlas Educativas para adultos sobre violencia de género, qué hacer ante una situación así, a quién acudir... y al mismo tiempo, motivar a las personas a que los hechos delictivos del ámbito familiar sean denunciados y nunca más silenciados.

Romper el silencio que envuelve a este tema, realizando para ello Encuestas de Victimización a nivel nacional: cuestionario en donde el encuestado nos dirá si ha sido víctima alguna vez de algún tipo de delito, de qué tipo de delito, si denunció o no... Esta técnica nos daría bastantes detalles de todo tipo, tanto modus operandi, como consecuencias, etc.

Introducir en la sociedad un rechazo hacia la Violencia, una intolerancia hacia este tipo de conductas o comportamientos como solución a conflictos o problemas e intentar así prevenir la delincuencia. Concienciar a la sociedad del problema que supone la violencia domestica y la violencia de género.

V. EL DERECHO PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA. EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR (ART. 173.2)

1. Antecedentes legislativos

Nuestro Texto Punitivo con respecto a la violencia doméstica, ha sido muy cambiante a lo largo de los últimos años, siendo objeto de numerosas reformas hasta la aprobación de la *LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (en adelante LOMPIVG). Las más representativas son:

- *LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del código penal*. A través de esta Ley se introdujo en el código penal el primer precepto que específicamente consideraba delictivas las conductas de violencia física en la familia. Se trataba del art. 425 del CP de 1973, que literalmente decía:

“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, o menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”

- *LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Con el nuevo código penal, aparece la primera versión del art. 153, y que era así:

“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”.

- Este artículo se modificó por *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 queda 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”.

- Y nuevamente se volvió a modificar por *LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, que por ello presentó, pero sólo durante apenas año y medio, 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 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”.

Con esta LO 11/2003, también se diferenció, por primera vez, la violencia no habitual en el ámbito familiar (recogida en dicho art. 153) de la violencia habitual en el ámbito familiar, dándole a esta última la redacción que actualmente presenta el art. 173.2 y 3, y que más adelante trataremos pormenorizadamente

- Por *LO 15/2003, de 25 de noviembre, de Reforma del CP*, se introducen los actuales artículos 48 y 57, relativos a la orden de alejamiento.
- Finalmente, por *LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, se dio una nueva redacción a los arts. 83.1.6ª, 88.1.3º, 148.4 y 5, 153, 171.4, 5 y 6, 172.2, 468.2 y 620.

2. Regulación jurídico-penal actual de la violencia en el ámbito familiar

En definitiva, los preceptos penales que en la actualidad están llamados a prevenir y, en su caso, sancionar las conductas que nos ocupan son:

- La falta de coacciones y amenazas en el ámbito familiar (art. 620.2º *in fine*)
- Los supuestos agravados del delito de lesiones (art. 148. 4 y 5)
- El delito de violencia no habitual en el ámbito familiar (art. 153)
- El delito de amenazas en el ámbito familiar (art. 171.4, 5 y 6)
- El delito de coacciones en el ámbito familiar (art. 172.2)
- El delito de violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2)
- El delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2)

Otros preceptos, a tener también en consideración, son los arts. 47 y 58, por regularse en ellos la ya tristemente famosa “orden de alejamiento”, o prohibición de acercarse o comunicarse por cualquier medio con la víctima y/o sus familiares. Y los arts. 83.1.6ª y 88.1.3º, por fijarse en ellos una serie de requisitos y especialidades

necesarios para la suspensión condicional o la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delitos de violencia de género⁹.

3. Falta de amenazas, coacción, injurias o vejación injusta.

Artículo 620 del Código Penal:

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1º) Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2º) Los que causen a otro una amenaza, coacción injuria o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias”.

Esta falta apenas se aplica cuando la mujer es la víctima, pues todas las conductas calificables de violencia de género ya están descritas en alguno de los delitos que analizamos a continuación. Cabe, por tanto, afirmar que esta falta del art. 620.2º se “reserva” para casos muy leves de coacciones, amenazas e injurias sobre la mujer. Casos en los que es tan mínima la lesividad, que no tiene sentido la imposición automática de la orden de alejamiento, y ello porque los arts. 48 y 57 otorgan al juez la facultad de decidir si la impone o no, cuando la conducta sea una mera falta (en el caso de los delitos es, como veremos, siempre obligatoria).

Ahora bien, esta falta es la aplicable para los supuestos de amenazas leves sin armas y coacciones leves cuando la víctima es cualquier otra persona integrante del ámbito familiar, porque, como veremos, tales conductas se consideran delitos cuando la víctima es la mujer, ex mujer, novia, ex novia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, pero no cuando se trata de cualquier otra de las personas descritas en el art. 173.2.

4. Los supuestos agravados del delito de lesiones del art. 148.4 y 5

La LOMPIVG también modifica el art. 148 del Código penal, añadiendo dos supuestos agravados en los apartados 4 y 5, con lo que su redacción final es la siguiente:

“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

⁹ A estos preceptos haremos alusión al analizar la figura del delito de violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2). Todo lo que se dice allí al respecto, es extrapolable para los demás delitos de violencia en el ámbito familiar que en este apartado del trabajo estudiamos.

- 1° Si en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.
- 2° Si hubiere mediado ensañamiento *o alevosía*.
- 3° Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.
- 4° *Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia.*
- 5° *Si la víctima fuere una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*".

Como se puede comprobar, el mero hecho de que la víctima de la lesión sea, o haya sido, la esposa o novia del agresor, aunque nunca hayan convivido, aumenta la pena, pudiéndose imponer la pena de prisión de dos a cinco años (apartado 4°). De igual modo, sucedería en el caso de que la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (apartado 5). La diferencia de pena, respecto de la que se impondría si la víctima de la lesión fuera cualquier otra de las personas mencionadas en el art. 173.2 es patente (prisión de seis meses a tres años, según el art. 147.1 CP), y aquí, precisamente, radica nuestra crítica, por considerar que, tal tratamiento diferencial, vulnera el principio de igualdad ante la Ley, recogido constitucionalmente en el art. 14 de nuestro Texto Fundamental. Y ello porque consideramos que la protección de la mujer, no desmerece, ni justifica, en consecuencia, la protección del hombre, pues, al fin y al cabo, el bien jurídico protegido es el mismo: la integridad física y la salud. Un bien jurídico que todos tenemos, y merecemos sea protegido, con independencia del sexo.

5. El delito de violencia no habitual en el ámbito familiar. La especial desprotección de los menores de edad

Artículo 153 del Código Penal:

“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 maltratare 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 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.

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”.

Como hemos visto, este precepto ha sido el más modificado en el ámbito que nos ocupa. Su redacción actual, y hasta el momento definitiva, es la otorgada por la LOMPIVG. Mediante esta última reforma, el legislador ha hecho desaparecer, del elenco de conductas punibles del art. 153 C.P., la que consiste en amenazar de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, un injusto que ha sido reconducido al art. 171 C.P.

En función de esta reforma el legislador también ha aprovechado para desglosar el contenido del tipo en cuatro apartados:

- *El primero* se refiere a los supuestos en los que el sujeto pasivo del delito “*sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada (al autor) por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia*”, o sea “*una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”. Cabría preguntarse aquí si por “*análoga relación de afectividad aún sin convivencia*” podría incluirse el supuesto de que la víctima fuera una novia o ex novia del autor. Cabe decir que para el legislador español por análoga relación de afectividad se ha venido entendiendo que se refería a las parejas de hecho heterosexuales¹⁰, en este sentido es difícil pensar aquí que pueda darse una análoga relación de afectividad al matrimonio si los novios no han convivido en ningún momento. Parece entonces que el legislador con esta expresión se está refiriendo a las

10 De este parecer es OLMEDO CARDENETE, Miguel. *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: Análisis teórico y jurisprudencial*, edit. Atelier, Barcelona, 2001. P. 53. Esta tesis es también sostenida por MORENO VERDEJO, Jaime. “El concepto de habitualidad en el art. 153 C.P.”, en *www.fiscalia.org*. P. 13. Consultada esta web antes de la reforma de este delito de septiembre de 2003. Se mantuvo también esta tesis en la Primera reunión de Fiscales encargados de los Servicios de Violencia Familiar celebrada en Madrid durante los días 27 a 29 de marzo de 2000, edit. Ministerio de Justicia, Ministerios de Trabajo y AA.SS., Instituto de la Mujer, Centro de Estudios Jurídicos de la Admón. De Justicia, Madrid, 2000. P. 25. En la misma línea se han manifestado CUADRADO RUIZ, M^a Ángeles; Requejo, Carmen; “El delito de malos tratos en el ámbito familiar: Artículo 153 del Código Penal”, *La Ley*, núm. 5072, 2000. P. 2. Fuente: *www.laley.net*. Considerando injustificada dicha exclusión. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena Blanca. “Delito de malos tratos en el ámbito familiar”, *El maltrato familiar en el derecho comparado, estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I-2000*, Jesús M^a Calderón (Coord. /Dir.), edit. Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Centros de Estudios Jurídicos de la Admón. De Justicia, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001. p. 92.

parejas de hecho que ya hayan dejado de convivir. Sin embargo, la práctica demuestra que se incluye también a las novias o ex novias, aunque no llegaran nunca a convivir.

Se ha de mencionar también que mediante esta reforma el legislador ha elevado el límite inferior de la pena de prisión de tres a seis meses, y el límite superior de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad hasta cinco años, una elevación de las penas que se podrán imponer sólo y exclusivamente cuando el sujeto pasivo del delito “*sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada (al autor) por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia*”, o sea “*una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”, una exclusividad a la que más tarde haremos mención.

- *El segundo apartado del art. 153 C.P. contempla a los sujetos pasivos del art. 173.2 C.P. (salvo los ya mencionados en el apartado primero) y mantiene las penas para estos supuestos del anterior art. 153 C.P.*
- *El apartado tercero recoge los mismos supuestos agravados que hasta ahora integraban el párrafo segundo del artículo, esto es: ejecutar la violencia delante de menores, realizarla en el domicilio común o el domicilio de la víctima, llevarla a cabo utilizando armas o quebrantando una orden de alejamiento. En estos casos la pena se impone en su mitad superior.*
- *El cuarto apartado da al juez la posibilidad de imponer en todos los números anteriores la pena inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho”.*

Tras exponer las cuatro novedades introducidas por la última reforma en materia penal, sería importante reflexionar sobre dos cuestiones que nos parecen de especial interés:

A) La posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad

Por un lado, nos referimos a la potestad que el legislador ha venido otorgando al Juez (desde la reforma penal operada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre) para que éste, cuando *lo estime adecuado* al interés del menor o incapaz, inhabilite al sujeto activo del delito para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Una inhabilitación que acertadamente se ha elevado de tres a cinco años.

Esta medida había sido muy reivindicada, y por tanto muy esperada, desde diversos sectores sociales, sobre todo desde la reforma penal de 1999. La objeción que, sin embargo, cabe realizar aquí, es que quizás hubiera sido más acertado que se hubiera impuesto como pena conjunta y no como pena accesoria, al menos para los casos en los que el ejercicio de la violencia se realice sobre un menor de edad, o en presencia de éste. Consideración que extraemos tras considerar, tanto los efectos perniciosos, y en ocasiones irreversibles, que tiene ser víctima, directa o indirecta, de este tipo de violencia durante la infancia, como la excesiva cotidianeidad con la que los juzgadores establecen el régimen de visitas del padre-agresor para con los hijos-víctimas¹¹.

Pese a la amplia reforma penal operada por el legislador de 1999, mediante la L.O. 14/1999, de 9 de junio, éste no previó para los autores la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, ni la incapacidad de obtenerlos durante el tiempo de condena, como sí se hace respecto a los delitos cometidos en el ámbito familiar en los que es pena principal, omisión que ha sido denunciada por la doctrina de manera unánime¹². Hubo que esperar hasta la

¹¹ En este sentido, *vid.* MEDINA, J.J. *Violencia frente a la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, edit. Tirant Lo Blanch Monografías, Valencia, 2002. p. 525. Asimismo, puede consultarse también un estudio realizado sobre la actuación de 100 Juzgados, durante el segundo semestre de 2000, elaborado por el Servicio de Inspección del C.G.P.J. sobre *la respuesta judicial a la violencia doméstica en el ámbito de las medidas provisionales de la LECr.*, de fecha 23/4/01, en el cual se expresa que la generalidad de los Juzgados, en cuanto al establecimiento del régimen de visitas se refiere, se limitan a acordar las “medidas tipos” y excepcionalmente adoptan medidas singulares que reflejen la situación de violencia denunciada. Fuente: www.poderjudicial.es. Consultado a fecha de abril de 2002.

¹² De este parecer, entre otros autores: CUADRADO RUIZ, M^a Ángeles; REQUEJO, Carmen; Ob. Cit. p. 3. FALCÓN CARO, M^a del Castillo. *Malos tratos habituales a la Mujer*, J.M. BOSCH editor, Barcelona, 2001. p. 160. HERRERA MORENO, Myriam. *Mujer e igualdad: La norma y su aplicación, Tomo 2, Aspectos penales, procesales, y penitenciarios*, Estudios 12, edit. I.A.M., Sevilla. p. 206. ACALE SÁNCHEZ, M^a. *EL delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. p. 199-200. FDEZ. GARCÍA, Emilio. M. “Mesa redonda: Primeras diligencias y adopción de medidas cautelares”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. II*, 2000, edit. Ministerio de Justicia, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, I.A.M., Madrid, 2000. p. 34. TAMARIT SUMALLA, J. M^a. “La protección del menor en la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 1986-II. p.507. Este autor reivindica un aumento de pena

reforma operada por la L.O 11/2003, para que se introdujese esta pena de inhabilitación especial, pero eso sí como pena accesoria. En consecuencia, cabe lamentar el que no se haya aprovechado ni esta ocasión, ni la última reforma operada por la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, para establecerse legalmente que la inhabilitación especial para estos roles sea una de las consecuencias jurídicas principales del delito, y no una mera pena accesoria. Confiemos, por tanto, en el buen juicio y buen hacer de nuestros juzgadores.

En todo caso, esta omisión también fue reivindicada en el 2º *Plan Integral Contra la Violencia Doméstica*, donde se expresaba la necesidad de estudiar los mecanismos oportunos para hacer más eficaz la posibilidad legal de suspender el régimen de visitas y comunicación con el agresor respecto de sus hijos, así como la necesidad de incorporar al delito de malos tratos la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento en los casos de violencia física o psíquica, cuando el interés del menor lo aconsejare. Esta inquietud también fue manifestada en el Programa Dhapne de fecha 2000-2003, así como por los abogados de Derecho y Democracia, afirmándose por éstos que: “es necesario que el padre maltratador pierda la patria potestad de sus hijos, pues éstos se convierten en otro arma de maltrato hacia la madre”¹³.

Esta parte, previamente a la reforma operada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, venía proponiendo que de *lege ferenda* se incluyera la referida pena, pues las consecuencias que conlleva ser testigo de malos tratos durante la infancia son, en la mayoría de los casos, irreparables¹⁴, y por ello consideramos que debe evitarse el riesgo que corre un infante, al tener que pasar determinados periodos de tiempo con una

para el caso de que la víctima sea un menor de edad. GÓMEZ NAVAJAS, Justa. "¿Existe una protección penal adecuada a los malos tratos? Consideraciones sobre el art. 153 C.P. carencias y propuesta *de lege ferenda*", *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos. Estudios 18*, Ana Rubio (Coord.), edit. I.A.M., Sevilla, 2003. p. 84. En este sentido, *vid.*, S.A.P. de Las Palmas de 30 de septiembre de 1998 (ARP 3746).

¹³ Fuente: Diario *ABC*, de fecha 12/11/01. p. 57

¹⁴ Para los expertos resulta incuestionable que la exposición de los menores a la violencia de género en el ámbito familiar, es causa de la reiteración de la violencia aprendida; ya sea como agresor o como víctima, lo que conlleva que si no se preserva a la infancia del modelo pernicioso de este tipo de violencia será imposible su erradicación. En última instancia está sobradamente probado que cuando las resoluciones judiciales establecen un régimen de comunicación del cónyuge o ex cónyuge violento con sus hijos, el agresor se vale de éstos para continuar ejerciendo la violencia en detrimento de la mujer y de los hijos. Vid. SILLERO CROVETTO, Blanca. “Análisis legislativo y jurisprudencial de la violencia familiar en el ámbito civil”, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos*. Ob. Cit. p. 194.

persona con conducta violenta. Una propuesta de *lege ferenda* que venía también siendo ofrecida por todas las personas que trabajan para O.N.G. cuyo objeto de trabajo son los problemas de la infancia y, en el mismo sentido, también por diferentes movimientos feministas, que desde hace tiempo venían denunciando el que al agresor se le concediera derechos de visitas para con sus hijos, poniendo en peligro la integridad de éstos¹⁵.

En este sentido, por ejemplo, encontramos, entre otros muchos: el Auto de fecha 19/11/1999 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Coslada; el Auto de fecha de 30/7/1999, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Calahorra; el Auto de fecha 30/7/1999 del Juzgado de primera instancia de Torrejón, y el auto de fecha 23/3/2000, del juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 6 de Albacete. En todos estos autos no ha sido tenida en cuenta la situación de violencia familiar, a la hora de adoptar medidas. Estableciéndose el derecho de visitas para el agresor respecto a sus hijos, los cuales habían sido víctimas de la violencia doméstica ya sea de forma directa o indirectamente.

María DURÁN FERRER¹⁶, ante esta problemática, y siempre antes de la reforma de 2003, también propuso que se debería suspender el régimen de visitas de los menores respecto al progenitor maltratador, salvo que éste demostrase que la comunicación es buena para los hijos, y ello debería acordarse en las medidas previas de separación, dado que:

¹⁵ En esta línea se expresa GARCÍA VITORIA, afirmando que: “por ese peligro permanente, sobradamente conocido, que los agresores suelen presentar para sus víctimas, tanto si ejercen la violencia directamente sobre ellas, como si lo hacen indirectamente, por ejemplo maltratando a la madre delante de sus hijos menores, deberían plantearse los órganos judiciales, y de forma contraria a como actualmente acontece, la necesidad de privar *en casi todos los casos*, de la *patria potestad* a los maltratadores habituales, no sólo por el tiempo máximo de la condena, que incluso raramente se aplica, sino a ser posible con carácter definitivo; siempre desde luego que ello no redunde, tras una comprobación adecuada sobre el extremo, en un perjuicio superior para el menor afectado, aunque debe considerarse que hay muy pocas cosas peores para cualquier persona, y más para un niño, que tener padres maltratadores, y tener, además, que seguir bajo su potestad; lo cual, y en el caso de que esta condición se proyecte sobre ambos padres, le deja sin esperanzas de una vida mejor. Por consiguiente nuevamente debe solicitarse a los jueces que investiguen cuidadosamente, sobre lo que podría resultar en realidad más adecuado para el menor, en vez de dar por sentado, en ocasiones demasiado a la ligera, que lo preferible para éste es mantenerlo bajo los vínculos familiares”. GARCÍA VITORIA, Aurora. “Tratamiento jurisprudencial de la violencia en el ámbito doméstico y familiar”, en Morillas Cueva, Lorenzo (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de derecho reunidas, S.A., Madrid, 2002. p. 604-605. Del mismo parecer, afirmando la tendencia de la jurisdicción española y europea de promover regímenes de visitas sin ningún tipo de supervisión y considerando que la situación de violencia marital es un tema separado de la crianza de los hijos. Vid. MEDINA, Juan. J. J. *Violencia frente a la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, edit. Tirant Lo Blanch Monografías, Valencia, 2002. p. 525-527

¹⁶ DURÁN FERRER, M^a. “¿La jurisdicción civil es una alternativa para combatir la violencia doméstica?” revista *Art. 14 una perspectiva de género*, núm. 7- septiembre de 2001, edit. I.A.M., Sevilla. p. 8-9.

1. Los menores necesitan recuperarse psicológicamente del maltrato sufrido, lo que no será posible si no hay un distanciamiento del agresor.
2. Por estar en periodo de desarrollo y formación de conciencia, los menores no pueden discernir la anormalidad del comportamiento violento del progenitor.
3. Los patrones y valores culturales se interiorizan en el periodo de desarrollo, el mecanismo con que la violencia se perpetúa es en el aprendizaje de los modelos paternos y maternos, de tal forma que los niños mimetizan el comportamiento del padre y las niñas el comportamiento de la madre, afectando por ello de un modo cualitativo su comportamiento de adultos.

La presidenta de THEMIS, al respecto, recordaba que el art. 94 del Código Civil establece que el juez puede suspender el régimen de comunicación de los hijos respecto al padre no custodio cuando se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen, y en igual sentido se manifiesta el legislador mediante el art. 158 del C.C. y el art 17 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. Ahora bien, y dado que aún no se había reformado el Código penal en este punto, ¿cabía solucionarse, al menos transitoriamente, acudiendo a estos preceptos del C. civil? Esto es, ¿eran competencia de la jurisdicción civil, exclusivamente, las decisiones sobre la patria potestad? ¿O bien cabía que, por remisión expresa de la ley a otro orden jurisdiccional, el juez penal pudiera decidir sobre esta cuestión?

Al respecto, OLMEDO CARDENETE afirmaba que, aunque es evidente que, en principio, las decisiones sobre la patria potestad son materia reservada a la jurisdicción civil, tal reserva se produce salvo una remisión expresa de la ley a otro orden, remisión que desde antes de la reforma penal de 2003, existe a la jurisdicción penal en el art. 170 C. civil. O lo que es lo mismo, según este penalista, el art. 170 C.C. debe ser interpretado en sentido extensivo y teleológico, en favor del mejor cumplimiento del fin de la norma, que no es otro que la más eficaz y pronta tutela del interés del menor. Es más, la propia economía procesal y el citado interés del menor exige, que constatado por un tribunal, al ejercer su jurisdicción enjuiciando un hecho concreto que le viene competencialmente atribuido, que tal hecho revela un grave incumplimiento de los deberes de la patria potestad y un daño para el hijo, no se dilate más la privación de

aquella potestad que se está ejerciendo con daño grave al menor, más aún cuando ese daño, de permanecer en el tiempo, puede ser irreversible¹⁷. Concluye el autor que esta problemática puede darse por desaparecida con el texto punitivo de 1995, el cual ya prevé la privación de la patria potestad, tutela o curatela o guarda de hecho, como pena accesoria aplicable a este delito (ex art. 56 C.P.).

Para ello, hace mención a la S.A.P. de Las Palmas de 30/9/1998, (Ar 3746), que estimó que: “en cuanto a la pena privativa de derechos, de conformidad con lo previsto en el art. 56 del código penal para el caso, ... procede imponer a la acusada la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (art. 39 y 46 del código penal), pues es claro que los hechos por los que se la condenan tuvieron lugar con ocasión de un mal ejercicio de la patria potestad”⁹.

De igual modo opina GANZENMÜLLER ROIG, para quien, antes de la reforma operada por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, esta medida podía ser adoptada en cualquier proceso civil, penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, lo cual, a su juicio, era posible a través del art. 158 C.C. tras la reforma operada por la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996¹⁸.

Desde nuestro punto de vista, los artículos referidos por estos autores, evidencian la clara voluntad del legislador al respecto: apartar al menor del foco de riesgo lo antes posible, ya sea a través de un proceso civil, ya sea de uno penal, tal y como bien menciona el art 158. C.C. Una voluntad que, por fin, se manifestó de forma expresa en la redacción dada al art. 153 por la LO 11/2003, redacción mantenida en este aspecto por la LOMPIVG.

Ahora bien, junto con Juan MEDINA, sostenemos que si no se ha venido aplicando antes de la reforma operada por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, la suspensión del régimen de visitas o del ejercicio del derecho a la patria potestad, no es

¹⁷ OLMEDO CARDENETE, M. Ob. Cit. p. 164-165

¹⁸ GANZENMULLER ROIG, C. “El ministerio fiscal en la coordinación de los servicios e instituciones implicados en la lucha contra la violencia doméstica”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales, I. 2000*, edit. Ministerio de Justicia, Ministerios de Trabajo y AA.SS., Instituto de la Mujer, Centro de Estudios Jurídicos de la Admón. De Justicia, Madrid, 2000. p. 398-399. Del mismo parecer SEGARRA CRESPO, Mª J. “Primeras diligencias. Adopción de medidas cautelares”, *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. II. 2000. Violencia física y psíquica en el ámbito familiar (1ª Reunión de fiscales encargados del servicio de violencia familiar)*, edit. Ministerio de Justicia, Ministerios de Trabajo y AA.SS., Instituto de la Mujer, Centro de Estudios Jurídicos de la Admón. De Justicia, Madrid, 2000. p. 51

por falta de marco legal sino de voluntad judicial¹⁹. Y también repetimos nuestra primaria reflexión sobre la conveniencia de que esta última redacción del art. 153 hubiera establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y las figuras sustitutivas como una pena conjunta y no accesoria, conclusión que se extrae tras conocer que para muchos de nuestros jueces estiman que la violencia marital es una cuestión separada de la crianza de los hijos, cuando a nuestro juicio una cuestión va inexorablemente unida a la otra.

Tras esta cuestión, por otro lado, quisiera hacer referencia a otro tema cual es el que versa sobre la pena de prisión establecida por el legislador para el caso de que el sujeto pasivo sea un menor de edad.

B) Pena a imponer en caso de que la víctima sea menor de edad

Si atendemos a la redacción del nuevo art. 153 C.P., podemos apreciar que para el caso de que el sujeto pasivo del delito de maltrato sea un descendiente o un menor de edad (sujetos a los que el artículo 153 C.P. hace referencia aludiendo a los sujetos pasivos del art. 173.2 C.P.), la pena de prisión establecida es la de tres meses a un año, la cual podrá imponerse en su mitad superior en el caso de que el injusto se realice en su presencia (art. 153.3 C.P.). Ante este precepto legal, cabe reflexionar sobre dos cuestiones: por un lado, sobre la expresión “*cuando el delito se perpetre en presencia de menores*”, entendiendo que la esta imposición de la pena en su mitad superior se habrá de aplicar también en el caso de que el delito de perpetre *sobre menores*. Y, por otro

¹⁹ Vid., MEDINA, J. J. *Violencia frente a la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, edit. Tirant Lo Blanch Monografías, Valencia, 2002. p. 528. De este parecer, expresando lo reacios que son los jueces a decretar la suspensión de estos derechos, se manifiesta Blanca SILLERO, afirmando la autora que, ante supuestos de hechos similares, encontramos fallos relativos a la patria potestad enfrentados, sentencias donde el interés del menor sin duda está ausente. Además, apunta, que los tribunales civiles remiten a la jurisdicción de lo penal cuando la causa de privación de la patria potestad tiene su razón de ser en un delito contra los menores, corriéndose así el riesgo de que en los procedimientos civiles no se adopte la privación de la patria potestad, y es que, según esta misma autora, es harto frecuente que los tribunales penales remitan a la jurisdicción civil incluso en aquellos supuestos en los que está previsto en el C.P. la privación de la patria potestad, lo que sin duda alguna causa un perjuicio para el menor al retrasarse una resolución sobre el fondo. Véase SILLERO CROVETTO, Blanca. “Análisis legislativo y jurisprudencial de la violencia familiar en el ámbito civil”, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos Estudios 18*, Ana Rubio (Coord.), edit. I.A.M., Sevilla, 2003. p. 191.

lado, sobre el tiempo de duración de la pena establecida para el caso de que el sujeto pasivo sea un menor de edad.

Como puede verse de la redacción del precepto legal, se deduce que para el caso de que el sujeto pasivo del delito sea un menor de edad, la pena de prisión será de *tres meses a un año*, mientras que para el caso de que el sujeto pasivo de la conducta típica sea o haya sido la esposa del agresor, o mujer que esté o haya estado ligado a éste por una análoga relación de afectividad, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, la pena de prisión a imponer podrá ser de *seis meses a un año*.

Desde nuestro parecer, el que el legislador de 2004 haya aumentado la pena de prisión sólo y exclusivamente para el caso de que el sujeto pasivo sea la esposa, ex cónyuge, la persona con la que esté o haya mantenido un relación de análoga afectividad, o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor es desafortunada. En primer lugar, decir que por *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*, habría que entender que cabe cualquier persona, incluidos todos los sujetos pasivos a los que hace mención el ap. 2 del art. 153 cuando nos remite al art. 173.2 C.P., siempre y cuando el sujeto pasivo *conviva* con el autor de los hechos²⁰, es decir que conviva físicamente bajo el mismo techo que éste.

Bajo nuestro punto de vista, debiéramos plantearnos si, para el caso de que el sujeto pasivo sea un menor de edad, conviva o no con el sujeto activo del delito, no debiera de aumentarse la pena establecida, teniendo presente que los efectos de la violencia familiar son aún más peyorativos cuando se está en esa etapa de la vida, así como la mayor indefensión que sufren los niños ante este tipo de injustos.

En este sentido, se expresaba TAMARIT SUMALLA, afirmando que el delito de violencia doméstica debería reflejar una penalidad distinta en función de la minoría o mayoría de edad del sujeto pasivo, así para este profesor de la Universidad de Lleida, cuando la conducta típica se ejerce sobre el cónyuge, éste tiene una mayor capacidad en razón de su edad para poder empezar una nueva vida, una mayor capacidad de

²⁰ En esta línea vid. MARQUÉS OUVIAÑO, J. “La ley orgánica de violencia de género y las nuevas situaciones penales a enjuiciar”, <http://noticias.juridicas.com>.

raciocinio que falta cuando se es menor, quien puede sufrir taras psíquicas difíciles de detectar, y superiores a la de los adultos²¹.

Por todo ello, consideramos lamentable que la reforma de diciembre de 2004 haya aumentado la pena de prisión sólo para el caso establecido en el ap. 1 del art. 153. C.P., y no lo haya considerado así para el caso de que el sujeto pasivo sea un menor de edad aunque éste no conviva con el agresor²², pues la violencia sobre la niñez es una consecuencia más de la violencia de género y de cómo se conciben las relaciones paterno filiales²³. De igual modo, estimamos desafortunado que, una vez más, el legislador no se haya planteado la necesidad de reconocer expresa y legalmente que las consecuencias físicas y psíquicas de este tipo de delitos son sumamente más graves para los menores de edad. Unas secuelas que, creemos, debieran tener unas consecuencias jurídicas mayores y diferentes a las que tienen los delitos de malos tratos cometidos sobre personas adultas.

Además, quepa recordar, que los jueces en contadas ocasiones han aplicado la circunstancia agravante de especial vulnerabilidad de la víctima, y, cuando lo hacen, es en general con una interpretación objetiva respecto a los menores de 12 años, tal como prescribe el Código Penal, agravante que no parece aplicarse para el caso de los incapaces²⁴. De igual forma, tampoco suelen aplicar la circunstancia agravante de abuso de superioridad, a pesar de que resulta indicada en casi todos los supuestos de maltrato en el ámbito familiar, particularmente cuando se ejerce sobre víctimas especialmente indefensas como los menores de edad o personas con minusvalías²⁵. Unas circunstancias que entendemos debieran ser tenidas en cuenta por el legislador de cara a una nueva redacción del delito de malos tratos.

²¹ TAMARIT SUMALLA, J.M. *La reforma de los delitos de lesiones*, PPU, Barcelona, 1990. p. 185

²² Piénsese, por ejemplo, en el caso del padre que inflige malos tratos a su hijo, menor de edad, cuando se encuentra con éste los fines de semana bajo la figura jurídica del régimen de visitas.

²³ En esta línea Vid. RUBIO, A. *Los desafíos de la familia matrimonial: Estudio multidisciplinar en Derecho de Familia*, edit. I.A.M., Sevilla. p. 278-279.

²⁴ CORCOY BIDASOLO, M. “Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”, *La violencia en el ámbito familiar aspectos sociológicos y jurídicos. Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., Madrid, 2001. p. 180

²⁵ GARCÍA VITORIA, A. “Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico y familiar”, en Morillas Cueva, Lorenzo (Coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Editoriales de derecho reunidas, S.A., Madrid, 2002. p. 582-583.

6. El delito de violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2)

Este precepto redactado, como vimos, por *LO 11/2003 de 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, no se vio modificado por la LOMPIVG, manteniendo actualmente su redacción primaria. En él se castiga la violencia en el ámbito familiar cuando ésta es habitual, luego la diferencia respecto al art. 153 radica precisamente en eso, en la presencia de habitualidad en la conducta. Este delito, en cualquier caso, la analizamos pormenorizadamente más adelante.

7. El delito de amenazas en el ámbito familiar (art. 171.4, 5 y 6)

Con la LOMPIVG se añaden 3 nuevos apartados al art. 171, donde se castigan las amenazas producidas en el ámbito familiar. Se trata de los apartados 4, 5 y 6, que quedan redactados del siguiente modo:

“4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”.

Hasta la aprobación de la LOMPIVG, los delitos de amenazas quedaban calificados de la siguiente manera: las amenazas graves (esto es, amenazas de males constitutivos de delito como la muerte, lesiones, etc.) eran recogidas y castigadas en el artículo 169; limitándose el artículo 171 a castigar las amenazas condicionales de males

no constitutivos de delito y los chantajes. De su parte, las amenazas leves, con o sin armas, se consideraban falta de amenazas previstas y castigadas en el artículo 620.

Con la LOMPIVG se incorporan nuevos delitos de amenazas, al elevar a este ámbito conductas que hasta entonces no eran más que constitutivas de falta. Esto es, la nueva ley incorpora tres nuevos apartados al artículo 171 regulador de las amenazas de mal no constitutivo de delito. En virtud de esto, se añaden dos nuevos delitos de amenazas leves, que hasta el momento se consideraban faltas y una circunstancia de agravación y atenuación comunes a los nuevos tipos.

Para el caso de la agravación, se impondrá las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior, cuando el delito se perpetre en presencia de menores, tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

En el caso de la atenuación, la encontramos en el apartado 6º, dejando al Juez o Tribunal, poner la pena inferior en grado cuando en atención a las circunstancias así lo estime oportuno.

En cualquier caso, lo más relevante de esta reforma es, nuevamente, el tratamiento diferencial que se da según sea el sexo del autor y de la víctima. De este modo, el nuevo apartado 4 del art. 171, castiga al hombre que amenace de modo leve a quien sea o haya sido su esposa o compañera sentimental, aun sin convivencia, y a quien amenace levemente a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. La pena en ambos casos es la misma que la establecida en el artículo 153: prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

Ahora bien, si se trata de cualquier otra de las víctimas enumeradas en el art. 173.2, para que sea delito, el art. 171.5 exige que la amenaza leve se realice con armas u otros instrumentos peligrosos, siendo la pena de prisión, en todo caso, inferior a la prevista en el apartado 4: prisión de tres meses a un año, frente a la prisión de seis meses a un año prevista en éste último.

En definitiva, y aquí radica nuevamente nuestra crítica, para que las amenazas leves sobre cualquier otro miembro familiar (quitando a la esposa, ex esposa, novia o ex novia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor), es necesario que éstas se lleven a cabo con armas u otros objetos peligrosos (ej. una navaja), pues si no hay estas armas de por medio, no habría delito y sí una mera falta: la del art. 620.2º. El trato diferencial en razón del sexo, es claramente inconstitucional.

8. El delito de coacciones en el ámbito familiar (art. 172.2)

La LOMPIVG también modifica el artículo 172, que ahora presente un nuevo apartado 2:

“2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, 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.

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

La reforma consiste, por tanto, en añadir un apartado a este precepto, en virtud del cual, en función del sexo y la relación que exista entre los intervinientes, se eleva a la categoría de delito lo que hasta el momento constituía una falta, es decir, la coacción leve que aparece recogida en el art. 620.2

Este nuevo apartado, establece que el que coaccione de modo leve a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que este o haya estado ligada a el por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o a una persona especialmente vulnerable que con el conviva, será castigado con las mismas penas que se determinan para la versión agravada del delito de malos tratos y para el nuevo delito de amenazas leves que recoge el art. 171.4. También las circunstancias agravantes y atenuantes que se recogen para el delito de malos tratos y los tipos de amenazas se aplican en este precepto.

Este nuevo tipo de coacciones, por tanto, no altera cualitativamente el sentido típico de la acción, sino que, al igual que ocurre con las amenazas, lo modifica cuantitativamente elevando a delito supuestos que, finalmente, no pasan de ser meras faltas.

Sea como fuere, la conducta típica consiste en coaccionar de modo leve; o lo que es lo mismo, impedir a otro que realice lo que la ley no prohíbe u obligarle a realizar lo que no quiere empleando para ello violencia o intimidación²⁶. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia han diferenciado el delito de la falta de coacciones basándose en la intensidad de los medios empleados. Y así, como señala MORAN MORA, “cuando la violencia ejercida posea una menor intensidad de manera que no pueda encuadrarse en la violencia típica del delito de coacciones, entrará en juego la falta del 620.2^o”²⁷. Ahora bien, la dificultad está en saber que característica tiene que tener la violencia y la intimidación para considerarse más o menos intensas y en consecuencia falta o delito.

La violencia, como principio, supone ejercicio de fuerza física proporcional al hecho de obligar a la víctima a realizar el comportamiento deseado por el autor. Aquí la jurisprudencia entiende que entra dentro del mismo concepto la intimidación y la fuerza en las cosas, pero con ello olvida que, cuando el legislador ha querido que los tres elementos (uso de violencia, obligación de realizar lo que el autor quiere y gravedad) entren a formar parte de la configuración de la misma figura, así lo ha hecho: por ejemplo, el art. 178 señala, como elementos instrumentales para la realización del acto de contenido sexual, el que emplee “violencia o intimidación”; de su parte, el delito de robo del art. 237 se define como el tomar las cosas muebles ajenas empleando “fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”. Dicha violencia, en cualquier caso, ha de ser instrumental para impedir

²⁶ Sobre la conducta típica del delito de coacciones vid., entre otros, CAMPOS CRISTOBAL, R.: cit., p. 264 y ss.; del ROSAL BLASCO, B.: cit., p. 190 y ss.; MARCOS AYJON, M.: cit.; LAMARCA PEREZ, C.: cit., p. 127 y ss.; MORAN MORA, C.: “Delitos contra la libertad”, en QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F (Coord.): Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Navarra, 2005, p. 248.; PIÑOL RODRIGUEZ, J.R.

²⁷ MORAN MORA, C., cit., p. 253.

a otro hacer lo que la ley no prohíbe, u obligarle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto²⁸.

En definitiva, con la nueva redacción del art. 172.2, nuevamente se están convirtiendo en delito conductas que, por su lesividad, no pasan de ser meras faltas. Y lo que es peor aún, nuevamente el legislador lo hace diferenciando el tratamiento según el sexo del autor y de la víctima, pues si observamos dicho párrafo 2º no hace alusión, de ninguna manera, a las demás personas descritas en el art. 173.2 (hijos, padres, marido, ex-marido, novio, ex novio, etc.), lo que nos lleva a concluir que, cuando las coacciones leves se producen sobre estas personas, habrá que aplicar la falta del art. 620.2º. Luego, aquí el tratamiento diferencial es aún mayor que en todos los supuestos que hasta ahora hemos visto, con lo que el calificativo de “inconstitucional” es mucho más evidente.

9. El delito de quebrantamiento de condena (art. 468.2)

Con la LOMPIVG también se modifica el art. 468 que, desde entonces, presenta la siguiente redacción:

“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 173.2º](#).”

Con esta reforma, la LOMPIVG pasa de recoger una pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad a prever siempre una pena de prisión de seis meses a un año cuando lo que se quebranta es la medida de alejamiento impuesta por delitos cometidos contra alguna de las personas mencionadas en el art. 173.2.

Llegados a este punto, GARCIA ALBERO plantea qué ocurre cuando es la propia víctima del delito la que provoca el incumplimiento de la pena, medida de

²⁸ Véase el estudio que realiza de las modalidades de conductas típicas a los efectos de coacciones HIGUERA GUIMERA, L.F., *El delito de coacciones*, cit., p. 146 y ss. Sobre la admisión del comportamiento omisivo, véase p.157 y ss., examen que parte de un ejemplo “A, no abre la puerta a del piso a su mujer B, y la obliga de esta forma a pernoctar fuera en un almacén frío; con ello espera conseguir su consentimiento para el divorcio.”

seguridad o medida cautelar por parte del condenado, pues al ser el quebrantamiento un delito especial, del que, por tanto, solo puede ser sujeto activo el condenado, a la víctima se le podría considerar partícipe, con independencia que el juez posteriormente le aplicara la rebaja de pena del art. 65.3²⁹. Y es que, según afirma este autor, el tipo del art. 468.2 solo se refiere al condenado por un delito en el que la víctima sea uno del artículo 173.2, con lo cual, si la víctima es la que hace incumplir el alejamiento al agresor, debería ser sancionada como inductora o cooperadora a través del número 1 del 468. Y ello, en tanto en cuanto no existe una clausula general en la que se establezca la responsabilidad por el delito de quebrantamiento de condena en aquellos supuestos en los que sea la víctima la que son su participación haga que el autor incumpla el alejamiento.

De su parte, COMAS D'ARGEMIR I CENDRA y QUERALT JIMENEZ entienden que es necesario distinguir un «incumplimiento material» del mero «incumplimiento formal», afirmando que cuando la víctima incumpla voluntariamente el alejamiento, “su quebrantamiento no puede ser antijurídico ni, por lo tanto, lesionar bien jurídico alguno”³⁰.

En cualquier caso, recordar que, desde siempre, el quebrantamiento de condena se ha entendido como el impulso de toda persona a recuperar su libertad, perdida por la imposición de la pena. Ahora bien, cuando se trata del quebrantamiento de la medida de alejamiento, quizás el objetivo no sea tanto recuperar la libertad perdida, o más bien la libertad de movimiento restringido, sino el querer acercarse a la víctima del delito o a aquellas otras personas que haya determinado el juez en la sentencia. Por ello, a pesar de que se trate de un delito en el que se protege el bien jurídico de carácter colectivo, Administración de Justicia, quizás sea el móvil del autor el que justifica la imposición de la pena de prisión en este concreto supuesto³¹.

²⁹ GARCÍA ALBERO, R., “*Del quebrantamiento de condena*”, en QUINTERO OLIVARES, G., (dir) y MORALES PRATS, G., (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 2.284

³⁰ COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M., Y QUERALT JIMENEZ, J.J., “*La violencia de género: política criminal y ley penal*”, cit., p. 1.224

³¹ GONZALEZ RUS, J.J., “*Delitos contra la Administración de justicia II*”, en COBO DEL ROSAL, M., (coord.), *Derecho Penal Español. Parte Especial*, cit., p. 987.

Señalar también que en este artículo se ha producido un cambio sustancial: con independencia del concreto miembro de la unidad familiar, de su sexo y de la relación que le una con el agresor, la pena va a ser en todo caso la misma. Aquí la LOMPIVG no ha discriminado en forma alguna según los criterios que ha utilizado en otros lugares de su articulado quien sea el miembro de la unidad familiar que someta al resto a actos de violencia, pues se remite al art. 173.2. Esto es, a diferencia de los demás delitos vistos hasta ahora, no discrimina por sexo.

El único problema que podría llegar a plantear, en este caso, el delito de quebrantamiento de condena, estaría en relación con el principio de proporcionalidad. En este punto, sin embargo, si se tiene en consideración que la LOMPIVG se ha limitado a eliminar la posibilidad de que se aplique como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, y que la decisión se adopta para toda una clase de violencia, habría que relativizar dicho juicio: el incumplimiento, por ejemplo, de una orden de alejamiento, puede ser una conducta idónea no ya para volver a lesionar a la víctima, sino para destruir pruebas, o lo que es lo mismo, se estaría impidiendo la correcta Administración de justicia, que, como se decía, es el bien jurídico que aquí se recoge³².

VI. EL DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR

(Art. 173.2 y 3 CP)

Art. 173.2 y 3 CP:

“2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, in habilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco 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.

³² Algo que considera GARCIA ALBERO “*Del quebrantamiento de condena*”, cit., p. 2.283

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan 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 o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado 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”.

1. Delineamientos generales

El artículo 173.2 y 3, curiosamente, no fueron modificados por la LOMPIVG³³. Las modificaciones recogidas por esta Ley en su Título IV, sobre tutela penal en materia de violencia doméstica³⁴, estuvieron dirigidas, en exclusiva, a ampliar la protección de la víctima mujer y a reducir los supuestos en que un comportamiento violento en el hogar puede ser calificado como falta.

El art. 173, tal y como vimos, fue modificado por la *LO 11/2003, de 29 de septiembre de Medidas Concretas en Materia de Seguridad ciudadana, violencia domestica e integración social de los extranjeros*, mediante la que se introdujeron los apartados 2 y 3, dirigidos a regular las violencias habituales en el hogar. Estos nuevos apartados del art. 173 constituyen lo que hasta entonces era el antiguo artículo 153, el cual se vio, al mismo tiempo, sustituido por el actual precepto de maltrato ocasional. Desde entonces, en consecuencia, nuestro Código Penal cuenta con dos tipos penales encargados de sancionar los comportamientos violentos habidos en el seno de la familia: el delito de violencia no habitual en el ámbito familiar del art. 153, y el delito de violencia habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 y 3. Uno de los elementos diferenciales entre ambos tipos es, obviamente, la existencia o no de habitualidad. Otro, como ya hemos adelantado, es el hecho de que el artículo 153.1 agrava la pena cuando la víctima sea la mujer pareja o ex pareja del agresor o sea una persona especialmente

³³ Para algunos autores este hecho se atribuye probablemente a una falta de sistemática de la ley. Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A. / RUEDA MARTIN, M.A.: “La discriminación positiva de la mujer, en el ámbito penal”, en *Diario La Ley*, nº 6146, 2004, quienes interpretan los preceptos penales modificados por el Proyecto de LO de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género para paliar los posibles efectos negativos de una discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal.

³⁴ *L.O. 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; L.O. 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia domestica e integración social de los extranjeros; L.O. 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional; L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.*

vulnerable que conviva con él. Una agravación que no aparece en el delito de violencia habitual.

2. Tipo objetivo

A) Bien jurídico protegido

Con la Ley Orgánica 11/2003 se incluyó el delito de violencia habitual en el Título VII del Libro II denominado: “*De las Torturas y otros delitos contra la integridad moral*”. Hasta esta reforma de 2003, se mantenía que el bien jurídico protegido en el delito de violencia habitual, al igual que en las lesiones, era la salud. Otros autores atribuían a este bien jurídico un carácter mixto, considerando que lo protegido era tanto la salud como la pacífica convivencia en el seno familiar. También hubo posturas dirigidas a que el bien jurídico protegido era las relaciones familiares, e incluso otros apostaron por un carácter pluriofensivo³⁵. Finalmente, cabe hacer alusión a otras posturas que se acercaban a la finalmente sostenida por la LO 11/2003, considerando el bien jurídico protegido la dignidad (y de ahí su cambio de ubicación, enmarcándose dentro de los delitos contra la integridad moral). Aunque esta teoría tuvo que ser matizada ya que el concepto de dignidad humana era demasiado amplio. En cualquier caso, y como manifiesta literalmente VILLACAMPA ESTIARTE, “hay que indicar también que, con anterioridad a la reforma de 1999, los malos tratos psíquicos en el ámbito familiar podían ser castigadas como atentados a la integridad moral con la agravante de parentesco, siempre y cuando produjeran un menoscabo de carácter grave”³⁶.

En esta línea, el Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia condenó a nueve meses de prisión, por un delito contra la integridad moral, a un hombre que durante más de dos años sometió a su ex esposa a

³⁵ En este sentido, *Vid.* CARBONELL MATEU, J.C./GONZALEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTON, T.S. (Coord.) Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I. Valencia, 1996, p. 801; los mismos autores en VIVES ANTON, T.S. (Coord.) Derecho Penal, Parte especial, 1999, Valencia, p. 140, quienes sugirieron que el bien jurídico protegido por el tipo de violencias habituales podía ser la dignidad humana en el seno de la familia, mencionando también el honor e incluso la salud; PEREZ ALONSO, E.J.: “El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990, pp. 627 y ss., quien advirtió que lo que se protegía en la falta de malos tratos no era otra cosa que la dignidad, pero en la medida en que ésta era presupuesto de ejercicio de la libertad; CERVELLO DONDERIS, V.: “El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección”, en Poder Judicial, nº 33, 1994, p. 53, autora que consideraba que los bienes jurídicos prevalentes eran la integridad corporal y la dignidad.

³⁶ *Vid.* BARQUÍN SANZ, J.: Delitos contra la integridad moral, Barcelona, 2001, p. 107.

malos tratos psíquicos. La resolución judicial indicaba que el acusado “llego a anular la voluntad de su ex mujer mediante el terror, minusvalorándola y despreciándola”. También el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona aplicó el artículo 173 a un caso de violencia domestica en el que un hombre infringió un trato degradante a su pareja al introducir su cabeza en el retrete. La abogada de la víctima fue quien pidió la aplicación de este delito en este supuesto. A la iniciativa de la abogada se sumó el fiscal. El juez al carecer de precedentes en la jurisprudencia española, recurrió al derecho comparado, en especial al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos³⁷ y al Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 1950. La audiencia Provincial de Barcelona confirmó el fallo de la Sentencia de 1 de enero de 2000, del Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, indicando que: “en todo supuesto de malos tratos entre parejas lo que en realidad se constata es un desprecio a la mujer, a la que se considera inferior al hombre y, por tanto, obligaba a someterse a los dictados de éste”. Y añade que “lo que se busca con el maltrato es humillar a la mujer, para forzar su voluntad, y conseguir su sometimiento por medio del miedo que nace en la mujer, y ello encaja en lo se define como violación de la integridad moral. La mujer, mediante los malos tratos a que la somete su pareja, resulta degradada, vejada y humillada.”³⁸

Y es que, en definitiva, las características del delito, tomando como referencia no solo el Derecho Penal sino también la criminología, aproximan la violencia habitual en el hogar a la tortura, pues la relación que se produce entre los sujetos del núcleo familiar no es otra que la del poder, generándose relaciones fácticas de subordinación que se materializan en las diferentes (y, en muchas ocasiones, continuadas) agresiones.

B) Sujetos activo y pasivo

El delito de maltrato habitual es un delito especial propio³⁹, porque solo puede ser cometido entre aquellos sujetos que reúnan las características exigidas por el tipo, es

³⁷ En este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Irlanda v. Reino Unido, de 18 de enero de 1978, define el trato degradante como el “que puede crear un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad, de manera que puede llegar a humillar, envilecer y quebrar eventualmente la resistencia física o moral”.

³⁸ Vid. Sentencia, de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de abril de 2000.

³⁹ En este sentido, Vid. MUÑOZ SANCHEZ, J., en DIEZ RIPOLLÉS, J. L. / ROMEO CASABONA, C: *comentarios...*, ob. Cit., p 85 y BOLDOVA PASAMAR, M. A. / RUEDA MARTIN, M.A.: “El nuevo tratamiento...”, ob. cit., p. 18. Parte de la doctrina opina que estamos antes un tipo especial impropio. En este sentido, Vid. ROMEO, M.: “los sujetos pasivos del delito de malos tratos habituales”, en *Noticias jurídicas*, noviembre 2005, p. 2; TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Artículo 173”, en QUINTEROS OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS (Coord.) *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª Edic., Pamplona, 2004, p. 911.

decir, entre quienes ostenten entre sí una relación de parentesco o asimiladas (con o sin convivencia, según los casos).

En este sentido, la LO 11/2003 incrementó enormemente el abanico de sujetos pasivos, pasando a incluir las relaciones de noviazgo, fraternidad, afinidad y ampliándose las de descendencia (nietos/as). En definitiva, las relaciones que se contemplan en el maltrato habitual se pueden clasificar del siguiente modo⁴⁰:

- Relaciones conyugales o análogas y ex – conyugales o ex – sentimentales.
- Relaciones del sujeto activo con otras personas que están vinculadas directamente a él o solo a su cónyuge o conviviente, pero que convivan en el núcleo familiar.
- Otras relaciones.

Por lo que respecta a las relaciones conyugales, estas suponen un vínculo matrimonial previo. De su parte, en lo referente a las parejas de hecho, o como indica la letra de la ley “personas ligadas por análoga relación de afectividad”, cabría puntualizar que tal definición no es acertada, ya que la afectividad no es lo que caracteriza a todos los matrimonios y parejas de hecho, y es mucho menos oportuna si nos limitamos al ámbito de los malos tratos, pues, como irónicamente matizó QUINTANO RIPOLLÉS, los delitos de agresión personal apenas si se conciben entre parientes cariñosos⁴¹.

Con la reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley 13/2005, se modificó el derecho a contraer matrimonio. Antes de esto, el termino afectividad era confuso y dificultaba su correcta interpretación, ya que dentro del mismo cabían las relaciones homosexuales y sin embargo la jurisprudencia venia entendiendo lo contrario,

⁴⁰ Al respecto, Vid. MUÑOZ SANCHEZ, J.: “El delito de violencia habitual”, en BOLDOVA PASAMAR, M.A./ RUEDA MARTIN, M.A. (Coord.) la reforma penal en torno a la violencia domestica y de género, Madrid 2006, pp.79 y ss., quien clasifica en cuatro grupos las relaciones contempladas en el tipo, siendo estas: a) La relación conyugal o ex conyugal; b) Relación de afectividad análoga al matrimonio o ex relación de afectividad; c) Relaciones de parentesco; d) Relaciones tutelares o asimiladas; y BOLDOVA PASAMAR, M. A./ RUEDA MARTIN, M.A.: “El nuevo tratamiento...”, ob. Cit., p. 20, que las clasifican en cinco: a) Relaciones conyugales y análogas; b) Personas vinculadas directa o indirectamente en cualquier otra relación e integrada en el núcleo de la convivencia familiar; e) Personas especialmente vulnerables.

⁴¹ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, 2ª Ed., Madrid, 1996, p. 252.

argumentando que no se cumplía el requisito de ser de diferente sexo los miembros de la pareja, exigencia incluida en el anterior artículo 44 del Código Civil.

La exclusión de las parejas de hecho homosexuales como merecedoras de protección del artículo 173.2, antes de la Ley 13/2005, era ilógica⁴², ya que en ellas se podían producir, y de hecho se producían, enfrentamientos y agresiones como en cualquier otra pareja, con lo cual explicar la decisión tomada por la jurisprudencia podía llegar a ser contradictorio.

Bajo nuestro punto de vista, esto plantea un serio debate. Por un lado, consideramos evidente la necesidad de proteger a cualquier persona, independientemente de su sexo, de ser agredido por su pareja o ex pareja, si bien hay que aclarar ciertos aspectos. En nuestra opinión, estas parejas las podríamos incluir dentro del delito de violencia doméstica, pero no en el delito de violencia de género, pues, como ya ha quedado definido antes, es la violencia ejercida de un hombre sobre una mujer por el hecho de serlo y considerarla inferior. Así que de esta forma, ¿cómo una pareja homosexual se puede ceñir a esta circunstancia?

Actualmente los sujetos miembros de una pareja, entre la que exista matrimonio o mera relación de hecho, independientemente de su sexo, quedan dentro del marco de protección del artículo 173.2.

En lo que respecta a las relaciones ex –conyugales o ex sentimentales, éstas quedan protegidas desde la entrada en vigor de la *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP de 1995, en materia de protección de a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Por último, en lo que se refiere a la frase “aún sin convivencia”, el legislador pretender incluir aquí a las relaciones de noviazgo aún sin convivencia, quedando de

⁴² En el mismo sentido, Vid. CUELLO CONTRERAS, J.: “El delito...”, ob. Cit., p.12; GARCIA MARTIN, L., en DIEZ RIPOLLÉS, J.L/ GARCIA MARTIN, L. /LAURENZO COPELLO, P.: comentarios..., ob. Cit., p.437; y GAVIDIA SANCHEZ, J.: “El matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)”, en la Ley, nº 5431, 2001.

esta manera amparados por el tipo de violencia habitual los ataques a los novios, ex novios, novias o ex novias, pese a que nunca hayan convivido⁴³.

Pero el delito de violencia habitual no solo recoge o ampara a las víctimas que sean o hayan sido pareja, sino que también incluye a *los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción, o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente.*

En definitiva, atendiendo a la exigencia o no de convivencia, para poder hablar de este delito, cabe establecerse dos grupos: un primer grupo que en el que se exige la convivencia, y un segundo grupo para el que no se exige.

En el primer grupo, para el que sí se exige una convivencia, con la Ley 11/2003, se incluye como posibles víctimas, tanto a los hijos/as como a los nietos/as, y hermanos/as, añadiendo por último a los cuñados/as y los suegro/as. De igual modo, se incluye en este grupo a los menores o incapaces, entendiéndose éstos como aquellas personas que padezcan una enfermedad de carácter persistente que les impida gobernar su persona o bienes por sí mismos, haya sido o no declarado su incapacitación.⁴⁴

En el segundo grupo, para el que no es exigible convivencia, sólo cabe incluir a quienes son o han sido cónyuges la esposa, ex esposa, novio, novia, ex novio o ex novia.

Por último, reseñar que el artículo 173.2 también recoge como sujetos pasivos *a la persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre personas que por su especial vulnerabilidad⁴⁵ se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o*

⁴³ En sentido contrario, Vid. ACALE SANCHEZ, M.: “Los nuevos...”, ob. Cit., p. 41, para quien la no inclusión de estas relaciones por L.O. 11/2003 en el artículo 23 CP sirve de argumento para confirmar que quedan fuera del ámbito de protección del art 173.2.

⁴⁴ Al respecto, Vid, CUELLO CONTRERAS, J.: “El delito de violencia...”, ob. Cit., p. 13, quien entienda comprendidos en el concepto de incapaces” a ancianos e impedidos.

⁴⁵ Se podría recordar la inclusión de estos sujetos a la cláusula introducida por la Ley Orgánica 1/2004: persona especialmente vulnerable. Sin embargo en el artículo 173.2 se acotan los sujetos considerados de especial vulnerabilidad, pues han de ser aquellos sometidos a guarda o custodia en centros públicos o privados. Es ese el colectivo protegido por el precepto de violencias habituales.

*privados*⁴⁶. En este precepto ese incluyen, por tanto, a aquellas personas especialmente vulnerables, que aun carentes de relación de parentesco, se encuentran en una situación de subordinación o dependencia con el sujeto activo, como la que tiene lugar en el caso de tratamiento en centros asistenciales públicos o privados.

C) Conducta delictiva. El concepto de habitualidad

La acción típica del delito es ejercer violencia física o psíquica de modo habitual sobre alguna o algunas de las personas contenidas en el tipo. En este tipo penal, por tanto, la habitualidad aparece como elemento esencial y diferenciador de la conducta punible del art. 153, integrándose como elemento objetivo del injusto⁴⁷ ya que califica a la acción y no al sujeto⁴⁸.

Este tipo puede producirse a través de agresiones físicas y psíquicas. No especifica la gravedad de las mismas pero, como la consumación del delito es concebible sin resultado lesivo, cabe entender que las lesiones leves también podrán entenderse como habitualidad. De su parte, de acuerdo con la teoría más generalizada, sí pueden existir malos tratos psíquicos, independientemente de cualquier lesión física. En el caso de los malos tratos físicos, como es fácil comprender, estos llevan inherentes un maltrato psíquico.

El término habitual es muy poco concreto, de tal manera que no coincide la exigencia del artículo 22. 8ª, de que el sujeto sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza. Tampoco coincide con el concepto de reo habitual del artículo 94. Por ello, y para acotar más el concepto de habitualidad, parte de la doctrina seguía la postura jurisprudencial que exigía la realización de al menos tres actos de violencia en

⁴⁶ Al respecto, *vid.* MUÑOZ SANCHEZ, J.: “El delito de... ob. Cit., p. 85 y ACALE SANCHEZ, M.: “Los nuevos...”, ob. Cit., p. 37, que señala acertadamente que la referencia a “centros públicos” plantea serios problemas concursales.

⁴⁷ En contra, GRACIA MARTÍN, L., en DIEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. / LAURENZO COPELLO, P. *Comentarios...* ob. Cit., p. 456, para quien la habitualidad es un elemento subjetivo del injusto, ya que el delito de violencias físicas habituales, para este autor, es un delito de hábito, y los actos individuales de malos tratos que conforman la habitualidad son atípicos. FALCÓN CARO, M.C.: *Malos tratos habituales a la mujer*, Barcelona, 2001, p. 139, quien considera al delito de maltrato habitual como una subcategoría de los delitos de “tendencia”, al incluirse como un delito de “hábito personal” y caracterizarse por un impulso tendencial cíclico de repetición.

⁴⁸ Vid. “Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 de 24 de octubre sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar”, en *Circulares y Consultas de la Fiscalía General del Estado (Boletín de información)*, suplemento al núm. 1814, de 15 de marzo de 1999, p. 10.

relación con los sujetos que recoge el tipo⁴⁹. Del mismo modo, el Ministerio Fiscal establecía que para poder hablar de habitualidad de malos tratos, el sujeto activo tenía que llevar a cabo tres o más actos⁵⁰.

En sentido contrario, otra parte de la doctrina opinaba que esta apuesta por determinar numéricamente la habitualidad era errónea. Encontramos aquí, entre otros, a autores como CUENCA GARCIA⁵¹; RUIZ VALLIDO, que apuesta por un concepto de habitualidad criminológico-social⁵²; o MUÑOZ CONDE, que señala que para apreciar la habitualidad “no se requiere un mínimo de actos de violencia⁵³”. En nuestra opinión, consideramos que lo más oportuno es mantener un concepto criminológico-social, ya que aunque el artículo 173.3 establece que se atenderá al número de actos que resulten acreditados⁵⁴, no indica el mínimo necesario.

En lo que se refiere a la proximidad temporal de las agresiones, hay que indicar que, además de atender al criterio cronológico, los actos han de responder a una cierta unidad de contexto⁵⁵. En cualquier caso, la proximidad debería quedar definida en el precepto de maltrato habitual para que así no quedara en manos del arbitrio judicial, decidir cuando existe proximidad y cuando no. Siguiendo a ACALE SANCHEZ, no basta con atender al criterio cronológico, lo decisivo es comprobar las características concretas de la relación de convivencia. Hay que establecer un periodo de tiempo que el legislador ha dejado al arbitrio del órgano sentenciador, así puede que en una semana se

⁴⁹ Así, GONZALEZ RUS, J.J.: “Las lesiones”, ob. Cit., cit., p 170; CARBONELL MATEU, J.C./GONZALEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.) *Comentarios...*, ob. Cit., p. 801; CERVELLÓ DODERIS, V.: “El delito de...”, ob. Cit., p. 57; y GARCÍA ÁLVAREZ, P. /DEL CARPIO DELGADO, J.: *El delito...*p. 67.

⁵⁰ Vid. “Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 de 24 de octubre...”ob. Cit., p 10.

⁵¹ Vid. CUENCA GARCÍA, M.J.: “La violencia habitual en el ámbito familiar”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, nº 4, 1998, p. 653.

⁵² Vid. RUIZ VADILLO, E.: “Las violencias físicas...” ob. Cit., p.3

⁵³ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal, Parte especial, ob. Cit., p. 122.

⁵⁴ Críticamente se manifiesta PLANET I ROBLES, S.:”Comentarios sobre las reformas del Código Penal en materia de delitos sexuales y protección de las víctimas de malos tratos”, en *Revista catalana de Seguretat Pública*, nº 6-7, junio- diciembre, 2000, p. 369, autora para quien la referencia a que se “atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados”, es lamentable y desafortunada, no solo por ser ambigua e indeterminada, sino por comprender la dificultad probatoria.

⁵⁵ Cfr. TAMART SUMALLA, J.M.: *La reforma...*,ob. Cit., p. 180

repitan esta conductas, o que, se repitan en el último año, pero, en cualquier caso, cada vez que los cónyuges se encuentran se materializan los actos de violencia.⁵⁶

Por otro lado, QUINTERO OLIVARES apunta que habría que sustituir el término “habitualmente” por “sistemáticamente”. Entendiendo como una constancia en un comportamiento humillante y vejatorio⁵⁷. Hay que explicar también que la habitualidad se dará con *independencia de que la violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima de las comprendidas en el artículo*. Es decir, los actos de violencia física y/o psíquica son acumulativos, y ello con independencia de si van dirigidos o no a un mismo miembro de la familia.

Otra de las características de la habitualidad es la irrelevancia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Pero aquí se plantea un problema, ya que como en cualquier tipo de habitualidad tiene que ser probada, y la única forma de hacerlo es acreditar cada uno de los actos de forma y manera concreta. Por esto, nos podemos encontrar con dos tipos de situaciones: bien que en una sola sentencia se declaren probados todos los actos, o bien que existan otras anteriores que, conjuntamente consideradas, pusieran de manifiesto lo habitual de los actos, cabiendo, entre ambas situaciones, todas las intermedias que se quieran.

- *En el caso de que hubiera sentencias anteriores:*

Dentro de este supuesto, caben, a su vez, dos posibilidades:

- 1º) *Si las sentencias son condenatorias:* aquí nos podemos plantear si tiene que entrar en juego el principio “*non bis in ídem*”. Del lado que considera que no vulnera este principio, encontramos a autores como MUÑOZ SANCHEZ, quien afirma que “los actos de violencia que resulten acreditados por una sentencia anterior, siempre que no sea por delito de

⁵⁶ Vid. ACALE SANCHEZ, M.: *El delito...*, ob. cit., p. 113 y 114. En el mismo sentido. Vid. FALCON CARO, M.C.: *Malos tratos habituales a la...*, ob. Cit., p. 129, para quien “(...) el parámetro es abierto y eso conlleva cierta inseguridad jurídica, no obstante (...) es el Juzgador el que debe valorar las circunstancias de cada caso y estimar el intervalo temporal que crea oportuno para la correcta aplicación del precepto en cuestión”. Para autores como OLMEDO CARDENETE, M.: *El delito de...*, ob. Cit., p. 107, sería razonable que el plazo máximo aproximado para la concurrencia de la “proximidad cronológica” fuera de tres años.

⁵⁷ Vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: “Violencias...”, ob. Cit., p. 162.

violencia doméstica habitual, pues en este caso daría lugar a la agravante de reincidencia, se tendrán en cuenta en el marco del procedimiento que se siga por el delito de violencia doméstica⁵⁸. En sentido contrario, DOLZ LAGO manifiesta que el artículo de violencias habituales supone una violación de este principio.

- 2º) *Si las condenas son absolutorias*: además de todo lo anterior, ¿cabría hablar de excepción de cosa juzgada? Parece que el legislador, al elegir el término “enjuiciamiento” en lugar de “condenas”, deja la puerta abierta a esta posibilidad. En este sentido, y según parte de la doctrina, no cabría volver a condenar por los mismos hechos por impedirlo la eficacia negativa de cosa juzgada, pero no se podría hablar de eficacia positiva de cosa juzgada de las sentencias absolutorias en el proceso por el delito del artículo 173.2 del Código Penal.

- *En el caso de que no existan condenas anteriores*

En estos casos, la habitualidad puede acreditarse “a través de la declaración de la víctima, por el contenido del parte pericial médico, o por cualquier medio probatorio” (ej., testimonios de los vecinos).

3. **Tipo subjetivo. El dolo**

En este tipo de delitos, al requerirse habitualidad en la conducta, y al tratarse de un elenco cerrado de posibles sujetos activos y pasivos, se descarta la comisión por imprudencia, por lo que sólo cabe su comisión dolosa. En este sentido, y como afirma MUÑOZ SANCHEZ, el dolo debe abarcar el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, esto es, la reiteración de la violencia y la relación típica que proporciona al sujeto activo una relación de dominio y de poder. Pero sin ser necesario el conocimiento de los eventuales resultados lesivos que pudieran ocasionar los actos violentos por separado. La existencia o no de dolo respecto a dichos resultados, solo será relevante

⁵⁸ Cfr. MUÑOZ SANCHEZ, J., en DIEZ RIPOLLÉS, J.L. / ROMEO CASABONA, C., *Comentarios...*, ob. Cit. P. 19.

para determinar la responsabilidad dolosa o imprudente en relación con los delitos o faltas a que dieran lugar los actos violentos por separado⁵⁹.

4. Concurso de delitos

Antes del Código Penal de 1995, el régimen de concurso entre el delito de malos tratos (recogido en el artículo 425) y los distintos resultados lesivos que se pudieran dar como consecuencia era él, era el de concurso de leyes o de normas. Es decir, que si la violencia causaba una lesión, estábamos antes un concurso de normas a resolver por el principio de consumación, de tal manera que el delito de resultado más grave consumaría las previas violencias físicas habituales. Por otro lado, si las lesiones causadas por las agresiones eran constitutivas de falta, el artículo 425, relativo a malos tratos en el hogar, consumaría estos resultados. Pero esto se vio modificado por la nueva redacción dada al delito de la violencia en el ámbito familiar por la *LO 10/95, de 23 de noviembre del Código penal*, que modificó la cláusula concursal, pasando de castigarse separadamente el maltrato habitual y los resultados de cada acto violento⁶⁰. De su parte, en el actual artículo 173.2, se especifica que la pena se impondrá *sin perjuicio de las penas que se pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubiera concretado los actos de violencia física o psíquica*. De este texto podemos extraer dos conclusiones cumulativas:

1. Que el bien jurídico protegido en el delito de violencia habitual es distinto a las tipicidades penales que concurren⁶¹, pues de no ser así se infringiría el principio *non bis in idem* al sancionar doblemente un mismo hecho.
2. Que el concurso de delitos que se da en los casos de violencia intrafamiliar es el de delitos.

⁵⁹ Cfr. MUÑOZ SANCHEZ, J., en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.: Comentarios..., ob. Cit., p.140

⁶⁰ El antiguo artículo 153 señalaba: "(...) sin perjuicio de las penas que pudieran corresponderse por el resultado que, en cada caso, se causare". Ya no regía el concurso de leyes sino el concurso de delitos, que reclamaba la aplicación conjunta de las normas concurrentes (artículos 73 y ss. CP).

⁶¹ Cabe incorporar una excepción que puede llegar a generar un desajuste: el artículo 173.1, como acertadamente recuerda ACALE SANCHEZ, M.: "Los nuevos...", ob.cit., p 36. En este supuesto concurso (art, 173.2 y 173.1), para MUÑOZ SANCHEZ, en DIEZ RIPOLLÉS/ ROMEO CASABONA..., ob. Cit., p. 151 habría concurso de leyes.

Como muestra jurisprudencial al respecto, cabe ser recordada, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1ª, de 5 de mayo de 2003, que señalaba: "... la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados..."

Finalmente, señalar que, aunque lo usual será que el delito de violencia dentro del núcleo familiar concurren delitos de lesiones malos tratos ocasionales, amenazas, coacciones o faltas que atenten contra la integridad psíquica, no es descartable la posibilidad de que el concurso se produzca con otros delitos como la violación o el homicidio⁶².

5. Penas. La obligatoria imposición de la orden de alejamiento

El artículo 173.2 castiga las conductas tipificadas en este precepto con las penas de prisión de seis meses a tres años, *privación del derecho a tenencia de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuan el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menos o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años*, integrando las tres sanciones la categoría de penas menos graves (art. 33.3).

.- La pena de prisión

La duración de la pena de prisión para las conductas violentas habituales en el hogar, se ha mantenido a lo largo del proceso reformador del tipo, pues ya a través de la Ley Orgánica 10/1995, con la que entró en vigor nuestro actual Código penal, se preveía esta duración para la pena privativa de libertad en los supuestos del artículo 153,

⁶² Muestra de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001, en la que se confirma íntegramente la sentencia recurrida que castigaba un delito de homicidio en grado de tentativa y otro delito de malos tratos habituales y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª), de 3 de noviembre de 2005, que condena por un delito de homicidio en grado de tentativa y otro contra la integridad moral del art. 173.2 y de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 1ª), de 31 de mayo de 2006. Respecto a la prevalencia de homicidios en España, Vid. CEREZO DOMINGUEZ, A.I.: "La violencia en la pareja: prevalencia y evolución", en BOLDABA PASAMAR, M.A./RUEDA MARTIN, M.A. (Coords.), *La reforma penal en torno a la violencia domestica y de género*, Barcelona, 2006.

entonces regulador de las agresiones domesticas habituales⁶³. El actual 173.2 no ha visto modificada su pena de prisión ni por la L.O. 15/2003 ni por la L.O. 1/2004.

.- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas

Esta parece, en principio, una medida acertada porque, al ser incluida como pena principal, ayuda a prevenir hechos todavía más graves que los malos tratos habituales, es decir, se pueden evitar muertes o lesiones de víctimas de violencia intrafamiliar. Ahora bien, en muchos casos no tendría sentido, porque al ampliarse tanto el catálogo de posibles sujetos pasivos, incluyendo supuestos difícilmente catalogables como “ámbito familiar” (ej., maltrato de un anciano en una residencia pública), la eficacia de esta medida sería obviamente nula, (pues quitarle, por ejemplo, la licencia de caza al cuidador, difícilmente eso aumentará la seguridad del anciano).

.- Inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, etc.

Con relación a las posibles inhabilitaciones especiales de la persona que agrede en el hogar, también son sanciones coherentes con las conductas que penan. Es oportuno recordar que el ser víctima directa o indirecta de este tipo de violencia puede conllevar secuelas psicológicas severas, y que en numerosas ocasiones es preciso dudar de la capacidad de una persona que agrede en su familia para cuidar a menores o incapaces, siendo la inhabilitación un modo de evitar males mayores.

En el caso de concurrir uno de los supuestos agravados, a los que haremos alusión a continuación, la pena se impondrá en su mitad superior.

Finalmente recordar que la pena privativa de libertad prevista para este delito, por su duración inferior a los dos años, podrá ser sustituida (art. 88)⁶⁴ o suspendida (arts. 80 y ss.)⁶⁵. Ahora bien, al tratarse de reos condenados por delitos de violencia de

⁶³ Si bien con anterioridad, en el artículo 425 del Código Penal de 1973 los malos tratos se sancionaban con arresto mayor.

⁶⁴ En los casos de penas inferiores a un año, y excepcionalmente la inferiores a dos, serán susceptibles de sustitución por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen.

⁶⁵ Se podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, siempre que se reúnan dos siguientes requisitos: 1º) que el condenado haya delinquido por primera vez; y 2º) que se hayan satisfecho las correspondientes responsabilidades civiles.

género, la pena de prisión solo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad, según establece el artículo 88.1 *in fine* del texto punitivo⁶⁶. De su lado, la suspensión de la pena privativa de libertad siempre estará condicionada a que el condenado participe en programas específicos de superación de conductas violentas en el ámbito familiar (art. 83.1.6^a)⁶⁷

.- La obligatoria imposición de la orden de alejamiento (arts. 48.2 y 57.2 y 3)

Con la LOMPIVG también se modificaron los artículos 48 y 57 del CP, que quedaron del siguiente modo⁶⁸:

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 resida 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 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”.

Art. 57. 2 y 3 CP:

“1. Los jueces y tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas o contra la integridad moral, la libertad o indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

⁶⁶ Introducido por la LOMPIVG

⁶⁷ También modificado por la LOMPIVG.

⁶⁸ La cursiva y negrita es nuestra, para indicar los cambios que más afectan a la materia que nos ocupa, esto es, la violencia en el ámbito familiar.

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.*

3. *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”.*

Tras la lectura pormenorizada de estos preceptos, es fácil constatar que la popularmente conocida como “orden de alejamiento” es de obligatoria imposición en todos los delitos que aquí hemos tratado, y entre ellos, por supuesto está del que ahora nos ocupamos. La expresión “se acordará, en todo caso”⁶⁹ prevista en el art. 57.2, obliga al juez a imponer la orden de alejamiento siempre que constate un caso de violencia doméstica, lo cual tiene consecuencias prácticas muy graves (debe abandonar la casa, no podrá recoger a sus hijos en la casa, sino que deberá hacerlo en otro sitio, si agresor y víctima trabajan juntos, el primero deberá abandonar el trabajo, no podrá acercarse por el vecindario, etc.), por no hablar del subsiguiente delito de quebrantamiento de condena que cometerá el quebrantador/a, que muchas veces incumple la medida instigado/a por la propia víctima de la que debe (o debería) mantenerse alejado/a.

6. Supuestos agravados

El segundo párrafo del artículo 173.2 recoge una agravación de las penas⁷⁰, las cuales *se impondrán en su mitad superior cuando las conductas violentas se lleven a cabo en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan 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 (prohibición de residir en determinados lugares, de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella) o una medida cautelar o*

⁶⁹ En el caso de las faltas del art. 620, el juez podrá imponer la orden de alejamiento por un máximo de 6 meses (art. 57.3). Aquí, por tanto, no se trata de una imposición obligatoria sino potestativa por el Juez, en atención a las concretas circunstancias del hecho y la gravedad del mismo.

⁷⁰ Esta agravación también queda recogida en el artículo 153.3. del CP.

*de seguridad o prohibición de la misma naturaleza*⁷¹. La apreciación de una de estas circunstancias conlleva la imposición de la pena de prisión de un año y nueve meses a tres años (prisión de seis meses a tres años en su mitad superior) o de trabajos en beneficio de la comunidad de cincuenta y nueve a 80 días (trabajo en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días en su mitad superior).

Ahora bien, y como señala ACALE SANCHEZ, estas agravaciones no sólo están previstas en el delito de violencia habitual en el ámbito familiar del art. 173.2, sino también en el delito de maltrato del artículo 153, en el de amenazas leves en el ámbito familiar del 171.2 y en el de coacciones leves, también en el ámbito familiar, del artículo 172.2. En todos ellos está previsto, de igual manera, la imposición de la pena en su mitad superior si concurren una serie de circunstancias agravantes específicas⁷², con los problemas de doble incriminación (vulneración del principio *non bis in idem*) que se pueden dar en aquellos casos en que quepa apreciarse concurso de delitos entre, al menos, dos de ellos. Sea como fuere, estas circunstancias agravantes son:

.- Que el delito se perpetre en presencia de menores

Los artículos 153, 171.5 y 172.5 agravan la pena “cuando el delito se perpetre en presencia de menores”; por su parte, el art. 173.2 agrava la pena “cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores”, olvidándose el legislador, en todos los casos, de los incapaces, que, como es sabido, también son sujetos a los que se refiere expresamente el art. 173.2. De cualquier forma, hay que dar por entendido, aunque el legislador no lo especifique, que el menor tiene que ser miembro de la unidad familiar en la que se lleven a cabo dichos actos, por lo que no

⁷¹Vid., ampliamente la exposición que sobre esta agravación del segundo párrafo del art. 173.2 realiza ACALE SANCHEZ, M.: “Los nuevos...”, ob. Cit., pp. 47 y ss., concluyendo que la “introducción de los artículos 153 y 173.2 de la agravación examinada produce un grave problema concursal que ha de ser resuelto en cada caso.”

⁷² Ha de tenerse en consideración que a pesar de las diferencias que existen, estos mismos criterios agravan la pena en el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, con el grave problema concursal que se a producir en aquellos supuestos en los que un acto singular de maltrato, amenazas o coacciones se haya agravado la pena por la concurrencia de una de las circunstancias de agravación. Como parece evidente no podrá agravarse la pena del delito de malos tratos habituales en atención a la misma circunstancia pues parece clase la violación del principio *non bis in idem*. El artículo 173.2 señala que la pena del delito de malos tratos habituales se va a imponer en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en... ello significa que basta con que uno de ellos se haya llevado a cabo en estas circunstancias, si bien si más de uno de ellos se ha llevado a cabo en dichas circunstancias, no se podrá agravar por dos veces la pena.

sería aplicable en aquellos supuestos en los que un menor ajeno a la relación existente, entre los sujetos activo y pasivo, los presenciara⁷³. Matizar también que como menor se entenderá, ya que no se especifica en la ley, el menor de 18 años⁷⁴.

Finalmente, con la expresión “en presencia de menores”, se supone que se hace referencia a aquellos supuestos en los que el menor es espectador del acto constitutivo de delito de maltrato, amenazas o coacciones pero también cuando sea él mismo el objeto de la conducta típica⁷⁵. Y es que, de acuerdo con CRUZ BLANCA, sería absurdo que cuando no solo “presencia” sino que además recibe en su persona actos de malos tratos, amenazas o coacciones fuera de aplicación el tipo básico⁷⁶.

.- Que el delito se perpetre utilizando armas

En lo que se refiere al segundo criterio de agravación, *la utilización de armas*, el art. 153 establece cuando delito se perpetre “*utilizando armas*” y el art. 173.2 cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren “*utilizando armas*”. Esta agravación, no es aplicable para los delitos de amenazas y coacciones, no quedándonos muy claro por qué es menos grave coaccionar con un arma que maltratar con ella.

En cualquier caso, por armas, se entenderá tanto las de fuego como las denominadas armas blancas, entre las que se encuentran los cuchillos, navajas y puñales, pero no otros instrumentos que se utilicen a modo de armas. A esta conclusión se llega si se comparan los términos de esta circunstancia agravante con los términos en lo que se describe –por ejemplo- la circunstancia agravante del art. 148.1º “*si en la agresión se hubieren empleado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica del lesionado*”. La

⁷³ CRUZ BLANCA, M.J., “*Los subtipos agravados del delito de violencia domestica habitual*”, cit., p. 147; ASÚA BATARRITA, A.: “*Los nuevos delitos de violencia domestica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*”, cit., p. 220.

⁷⁴ CRUZ BLANCA, M.J., “*Los subtipos agravados del delito de violencia domestica habitual*”, cit., p.143

⁷⁵ En sentido contrario: GÓMEZ NAVAJAS, J., “*La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?*”, cit., p.52; ASÚA BATARRITA, A., “*Los nuevos delitos de violencia domestica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*”, cit., p. 20, que entiende que la agravación solo será aplicable en los supuestos en lo que los menores presencien los actos de violencia y no cuando vayan dirigidos contra ellos

⁷⁶ En el mismo sentido CRUZ BLANCA, M.J., “*Los subtipos agravados del delito de violencia domestica habitual*”, cit., p.144

pena dispuesta para este delito, como es lógico, absorbe el delito de tenencia ilícita de armas. Lo contrario, sería castigar dos veces el mismo hecho.

Finalmente, no debemos olvidar que el legislador ha impuesto “la privación del derecho a la tenencia y porte de armas” como pena principal en estos delitos; luego, si se tiene en cuenta que la comisión del delito con un arma es un elemento que agrava la pena, pero que no es elemento de los correspondientes tipos básicos, habrá que afirmar que esta pena se va a imponer con independencia de ello⁷⁷.

.- Que el hecho se realice en el domicilio común o en el domicilio de la víctima

A tenor de esta agravación⁷⁸, nos podemos encontrar con dos supuestos: uno, que el hecho se dé en el domicilio que comparten víctima y agresor ; y, dos, que el hecho se realice en la casa de la víctima, supuesto que nos encontramos cuando entre la pareja no existe convivencia o cuando están en vías de separación.

Las características criminológicas de estos delitos ponen de manifiesto cómo, en aquellos supuestos en los que existe convivencia entre agresor y víctima, el lugar en el que “habitualmente” se cometen es precisamente el domicilio familiar, que es donde el agresor establece su especial “perímetro”⁷⁹; además de ser el lugar donde se refleja con mayor facilidad el bien jurídico protegido. Por ello, agravar la responsabilidad criminal por algo que es consustancial a estos tipos delictivos parece que carece de justificación. Es, en cierta manera, como exigirle al maltratador que realice esos actos en público⁸⁰.

Por otro lado, parece que se puede constatar cierta discriminación legal al no agravar la pena, por ejemplo, en los delitos de homicidio o de violación por el mismo motivo⁸¹. Aclarar también que, en los casos en los que se de cualquiera de los delitos

⁷⁷ GÓMEZ NAVAJAS, J., “*La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?*”, cit., p. 52

⁷⁸ Aplica esta circunstancia de agravación, entre otras, la SAP de Barcelona 25/2004-J, de 30 de abril de 2004.

⁷⁹ ACALE SANCHEZ, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., p. 47 y ss.

⁸⁰ En el mismo sentido: ASUA BATARRITA, A; “Los nuevos delitos de violencia domestica tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, cit., p. 220

⁸¹ CUELLO CONTRERAS, J Y CARDENAL MURILLO, A, “*Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia domestica*”, en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, cit., p. 257;

citados en este apartado, se den en un domicilio no compartido por la víctima y el agresor, este último no va a tener autorizada legalmente la entrada en la casa, por lo que va a ser la víctima la que en cada caso tenga que dar su consentimiento. Si nos damos cuenta, esto es, precisamente, lo que castiga el delito de allanamiento de morada: entrar en morada ajena o mantenerse en ella contra la voluntad del morador⁸², que en este caso deberá entrar en concurso medial de delitos con el maltrato, amenazas, o coacciones. Al respecto, y como establece el art. 77, se aplicará la pena de la infracción más grave en su mitad superior, sin que puede exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. En definitiva, el hecho de que, ya sea aplicando la agravación prevista en los artículos 153, 171.5, 172.2 y 173.2, o ya sea aplicando los tipos básicos de los delitos tipificados en dichos preceptos en concurso medial con el de allanamiento de morada, se llegue a la imposición de la misma pena, pone de manifiesto que no era necesaria la inclusión de esta circunstancia de agravación.

.- Que los hechos se lleven a cabo quebrantando una de las penas contempladas en el art. 48 (la pena de alejamiento)

Por último, encontramos otra agravación de la pena para estos supuestos cuando se lleven a cabo *“quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”*. Por su parte, el art.173.2 añade a los anteriores supuestos, *“cuando se trate de una prohibición de la misma naturaleza”*, en referencia a aquellos supuestos en los que el alejamiento se impone como pauta de comportamiento a los efectos de la suspensión de la ejecución de la pena y de la sustitución de las penas de prisión por otras penas: el hecho de que no coincidan pone de manifiesto la falta de cuidado puesta por el legislador.

El art. 48, tras la redacción que le ha dado la LO 15/2003, describe la medida de alejamiento, tratándose ésta de una consecuencia jurídica de amplísima versatilidad, pues aparece tanto como medida cautelar (544 bis LECR, tras la reforma de 1999), y además en concepto de pena (art. 48) y de medida de seguridad, pues en el art. 96 se

ARANGUEZ SANCHEZ, C, *“El maltrato domestico y de género del art. 153 CP”*, en CARBONELL MATEU, J.C. y otros (coord.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, cit., p. 14

⁸² ACALE SANCHEZ, M., *“La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal”*, cit., p. 270

hace referencia a la “prohibición de estancia y residencia en determinados lugares”. De su parte, la LO 15/2003 añadió también el alejamiento dentro de los mecanismos de diversión de la respuesta penal, así como condición a respetar durante el plazo de la libertad condicional (art.90.2).

El problema se suscita cuando se comprueba que la violación de la orden de alejamiento es también considerada delito de quebrantamiento de condena del art. 468 expuesto anteriormente⁸³. Esto es, la introducción en los artículos 153, 171.5, 172.2 y 173.2 de la agravación examinada produce un grave problema concursal que ha de ser resuelto en cada caso.

Para explicar esto, lo mejor es poner un ejemplo, y para ello partamos del siguiente supuesto: sujeto que maltrata en una ocasión a algunas de las personas del art. 153 (por remisión al art. 173.2) y se le impone la medida cautelar del alejamiento; posteriormente, dicho sujeto, incumpliendo la orden de alejamiento, se acerque nuevamente a la víctima y la maltrata. En este caso, es necesario distinguir dos actos:

- Primer acto de maltrato: ha de ser calificado como delito de maltrato del art. 153, castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas y en su caso inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de seis meses a tres años.

- Segundo acto de maltrato en violación de una orden de alejamiento: aquí hay que establecer un concurso de normas entre:

- El art. 153 en su mitad superior: prisión de cuatro meses y medio o trabajos en beneficio de la comunidad de cincuenta y seis o ochenta días, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años y un día a tres años e inhabilitación de un año, nueve meses y un día a tres años, y
- El resultado de establecer un concurso medial de delitos entre el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 y el delito de maltrato del

⁸³ Como se decía anteriormente, la LOMPIVG modifica el art. 468, imponiendo siempre al maltratador que incumpla una orden de alejamiento la pena de prisión.

artículo 153. Las reglas del concurso medial señalan que en este caso se impondrá la pena de la infracción más grave en su mitad superior, esto es, la pena del art. 153 en su mitad superior, con lo cual, se llega a la misma pena que el primero de estos dos puntos. Ello pone de manifiesto que la agravación dispuesta en el art. 153 no tiene ningún sentido, pues ya está incluida en el art. 468 y, además, se castiga con la misma pena.

Ante esta situación, en definitiva, cualquiera de las dos soluciones al concurso planteado debería ser considerada ajustada al ordenamiento jurídico.

Solventando lo anterior, los dos actos de maltrato anteriormente descritos podrían ser considerados en concurso real. Pero, además, con ellos, ha de tenerse en consideración que ya existen dos actos de malos tratos, y que la última jurisprudencia del Tribunal Supremo viene entendiendo que basta con dos actos para calcular la habitualidad⁸⁴ en el delito de malos tratos habituales; por lo que, finalmente, la sentencia tendría que castigar: por un delito de maltrato, el primero; por otro delito de maltrato agravado (o no agravado pero en concurso medial con el quebrantamiento de condena) el segundo, y, además, por un delito de malos tratos habituales del art. 173.2 (sin que la misma agravación tenida en consideración para agravar la pena del segundo de los actos pueda ser estimarse otra vez para agravar la pena del delito de malos tratos habituales por lo que se aplicará la que le corresponde al tipo no agravado)⁸⁵.

⁸⁴ El tribunal Supremo ha roto con la línea de interpretación tradicional de la habitualidad que exigía tres actos singulares de malos tratos en su Sentencia 1.208/2000, de 7 de julio (RJ 2000/1.734), en la que señala que este criterio “no tiene más apoyo que la analógica aplicación del concepto de habitualidad que el art. 94 del Código Penal establece a los efectos de suspensión y sustitución de penas”. Si bien es cierto que este número de actos es el exigido por el art. 94, también lo es que esta interpretación de la habitualidad en materia de malos tratos en el ámbito familiar se viene manteniendo por la jurisprudencia española desde que el art. 425 fue incluido en el CP en 1989. Al margen de esta cuestión, esta sentencia también señala: “otra línea interpretativa prescindiendo del automatismo 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 supongo 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 por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agresión de las desvaloraciones propias de cada acción individual”

⁸⁵ Recurre al concurso de normas: ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, cit., p. 221

VII. ANALISIS JURISPRUDENCIAL. CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1. Autos que cuestionan la medida obligatoria de alejamiento.

En este aspecto mencionaremos tres autos distintos que fueron admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional y publicados en el BOE de 30 de septiembre de 2005, pero que tienen en común cuestionar la validez del contenido de los artículos 47.2 y 57.2 del CP relativos a la obligatoriedad de la pena accesoria de alejamiento de la víctima en los delitos de violencia doméstica; dichos preceptos, ya introducidos por el Código Penal de 1995, fueron reformados por la Ley Orgánica 11/1999, LO 14/1999, LO 15/2003 de 25 de noviembre siendo esta última reforma la que modificó el carácter optativo de estas penas accesorias convirtiendo la medida en obligatoria para los supuestos previstos en que es de aplicación provocando una serie de problemas prácticos difíciles de solucionar sobre todo cuando la víctima no quiere hacer uso de tal pena.

A. Caso 1.

El primer auto acudiendo al Tribunal Constitucional, fue auto de 29 de junio de 2005 dictado por el Juzgado de lo Pena número 20 de MADRID planteando el problema desde el punto de vista de analizar el precepto ya citado, reformado por la LO 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del Código Penal citando el tenor literal de la norma: "se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el artículo 48-2'-' del Código Penal". Con tal disposición deviene en obligatoria la pena consistente en la medida de prohibición de aproximación a la víctima y de suspensión del derecho de visitas con los hijos, comunes menores de edad sin tener en cuenta la gravedad y peligrosidad como criterio general de decisión atendiendo a las relaciones especiales de carácter personal y familiar que tienen la víctima y el agresor.

El juez que planteó esta primera cuestión de inconstitucionalidad razonó en su resolución que esta consecuencia jurídica de la norma al actuar contra la voluntad de la víctima podría infringir varios preceptos de índole constitucional como los principios de interdicción en la arbitrariedad (artículo 9-1" CE), principio de personalidad de las

penas y el principio de legalidad penal (artículos 24-2s y 25-19 Carta Magna) y finalmente el libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 10-19 CE. El primer principio lo desarrolla desde el punto de vista de entender que el legislador debe atender a toda regulación de forma racional desterrando las arbitrariedades como la presente al no tener sentido esta obligatoriedad si no se vincula a los fines preventivos y cautelar de protección a la víctima del delito; califica la reforma de caprichosa, inconsecuente al restringir la voluntad de la víctima y sin contar con su manifestación aunque luego no se tenga en cuenta, dejando desvirtuado el sentido de la norma originaria, de carácter discrecional, porque a la víctima le provoca la ruptura forzosa y forzada de la convivencia afectiva suponiendo una injerencia innecesaria del legislador en el ámbito personal y familiar.

La posible violación de la legalidad penal y del principio de personalidad de las penas la razona el juez de lo Penal desde la doble afirmación de la incidencia en el sujeto activo del delito y al víctima; así el primero al realizar su conducta castigada por la ley punitiva y en base a su relación con el sujeto pasivo del mismo le impone con carácter obligatorio una pena accesoria restringiendo su libertad y con claro y evidente castigo basado sólo en su acción ilícita. Respecto a la víctima de la infracción criminal esta medida obligatoria, la ruptura de la convivencia familiar, ya sea matrimonial o de pareja sentimental, ordenada de forma imperativa por el Estado sin su consentimiento se califica como una privación de derechos legítimos de la víctima o perjudicado adquiriendo el carácter de pena principal cuando no lo es por lo que se atenta al principio de legalidad del artículo 25, los y 24-2s De la Constitución Española al ir en contra de las garantías penales y jurisdiccionales que suponen que una sanción se imponga sin estar relacionada con una previa infracción y que se aplique directamente, forzosa y obligatoria sin previo juicio penal.

Por último el auto del juez de Madrid considera también vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 10, 19 CE ya que este derecho inviolable como fundamento del orden político y con entidad constitucional es una norma interpretativa que prescribe la acción de los poderes públicos como límite general de su actuación y que deja sin sentido la legítima libertad de la víctima de estos delitos para optar por la separación familiar; así el derecho a convivir tanto en vía matrimonial

(artículo 32 CE) como en pareja en base a la igualdad de ambas situaciones familiares, podría atender también al mandato constitucional de protección a la familia regulado en el artículo 39 de la Carta Magna. En definitiva, la pena de alejamiento de la pareja o matrimonio que conlleva la separación de la pareja, casada o no, no puede ser obligatoria y acordarse ex lego sin manifestar su consentimiento o por lo menos su opinión por vulnerar la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.19 CE.

Concluye el auto citado que eleva la cuestión de inconstitucionalidad al Alto Tribunal para que se pronuncie sobre la confrontación de este precepto, artículo 47.29 y 57.2" del Código Penal, con las normas constitucionales vigentes citadas anteriormente.

B. Caso 2.

La segunda resolución en el mismo sentido que la anterior, el auto del Juzgado de lo Penal número 2 de ARENYS de MAR (Barcelona) del 10 de enero de 2005 el Juez de lo Penal reiterando su duda de constitucionalidad sobre el contenido vigente de los artículos 57-29 y 47 29 del Código Penal que regulan la llamada pena accesoria de "alejamiento" en su redacción actual llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003 de reforma del texto punitivo; así los preceptos considerados violados con tales disposiciones son los relativos al derecho fundamental de la libertad personal recogido en los artículos 17, la en relación con el artículo 10 y 1-19 de la Constitución Española. Los fundados argumentos de la resolución acudiendo al Tribunal Constitucional se centran, de nuevo, en que al entender la medida accesoria como obligatoria frente a la anterior discrecionalidad y voluntad de su imposición conllevan la ruptura de la convivencia personal y familiar de la víctima a la cual le imponen la carga de tal prohibición legal creando múltiples problemas jurídicos y de aplicación práctica.

El juez menciona que el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17-19 de la CE, según la propia doctrina elaborada por el Alto Tribunal, comprende la libertad personal como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho actual teniendo este principio el importante significado de reconocer la autonomía de la persona para elegir las diferentes opciones dentro de sus expectativas; ello significa que el estado no puede tomar opciones ni opiniones forzosas

contra de tal libertad individual si no viene fundada en la aceptación personal del individuo. Así se expresa la idea de la prescripciones de la medida de alejamiento entendida como una sanción no querida por la víctima del delito El juez distingue entre los supuestos en que la víctima acepta o solicita la medida de alejamiento y los casos en que el delito cometido es de entidad grave ya que en estos casos, el primer por obvio, no afectan a la libertad individual y en el segundo caso la pena accesoria de la medida de alejamiento (por ejemplo en delitos contra la libertad sexual, integridad psíquica grave o lesiones del artículo 148 o 150 del Código Penal) está plenamente justificada en el ámbito constitucional ya que la entidad de estos supuestos, la tutela de los importantes bienes jurídicos protegidos de relevancia suponen que debe, por justificación, prevalecer antes que la libertad individual.

El reparo constitucional de tal medida lo centra el juez al diferenciar las acciones no especialmente graves en el ámbito de la violencia doméstica y, sobre todo en el caso de faltas de lesiones del artículo 617 del Código Penal donde la media obligatoria tiene serios reparos por su confrontación con la Constitución Española y por este motivo se acude al Tribunal Constitucional para que decida si los preceptos penales citados están en contradicción con los artículos 17-19, 10, 1-1 de la Constitución Española.

El tercer auto, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, sección 4S del 20 de mayo de 2005, con el mismo planteamiento y repetido que los anteriores, discute si los artículos 57, 29 y su correlativo artículo 48,29 del Código Penal, desde el punto de vista de la imposición obligatoria de la medida y pena accesoria de alejamiento a la víctima de violencia doméstica, puede ir en contra de los artículos 1,1a, 10,24, 19y25, 19 de la Constitución Española. El punto de partida del hecho enjuiciado es el, por desgracia frecuente, agresión de una pareja de novios por parte del hombre en un suceso ocurrido en la vía pública en el cual tras una discusión el novio pegó a su pareja sentimental sin causarle lesión siendo presenciado por agentes de la Policía Local lo que provocó el funcionamiento del mecanismo judicial en estos delitos de oficio, el consiguiente proceso penal por delito del artículo 153 del Código Penal y la condena del novio acusado a la pena de 3 meses de prisión; una vez dictada la sentencia por el Juzgado de lo penal («I Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación por entender

que debía aplicarse la medida obligatoria y pena accesoria de alejamiento pese a no quererlo ni solicitarlo los interesados porque es una medida obligatoria ex lege.

La Audiencia Provincial planteó sus dudas de constitucionalidad en los mismos términos ya comentados anteriormente y en concreto porque considera que, en el caso enjuiciado, si la víctima ni siquiera interpone denuncia, si desea expresamente que no se imponga la medida de alejamiento de su novio y a pesar de la agresión padecida, en ejercicio de su legítima libertad desea convivir con su agresor, reconciliarse con él y reanudar una convivencia interrumpida, estas decisiones de la víctima, tan importantes, aunque inexplicables (esto no lo dice la Audiencia Provincial sino que lo pienso sinceramente) deben ser respetadas por el legislador.

El auto analiza que la finalidad de la norma penal cuestionada es, lógicamente, evitar que en el futuro estas "pequeñas" pero significativas, acciones violentas leves no generen una escalada de violencia futura previniendo y actuando en aras a la protección de la mujer víctima de malos tratos y que no desemboque la primera violencia familiar en algo mas grave ya que una vez roto el límite de la paz familiar, la posterior violencia sigue los caminos más inescrutables. La finalidad de la norma jurídica discutida en su legalidad y ajuste a la Constitución lo funda el tribunal colegiado en que la práctica está llevando a situaciones totalmente absurdas al imponerse este alejamiento en contra de la mujer víctima la cual decide reanudar la convivencia o no interrumpirla pese al mandato impuesto de sentencia judicial; así fácilmente aflora el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 del Código Penal que tras la reforma de la Ley Integral tiene prevista una pena de prisión; alude también a que en los casos de quebrantamiento de la medida consentido por la mujer éste pudiera ser acusada de inductora (en la práctica este supuesto ya está planteado y resulto por el Tribunal Supremo al negar que la víctima que consiente en convivir pese a la pena de alejamiento no es autora de ningún delito desestimando así los efectos perversos de la regulación); alude además a que con tal pena accesoria se abre la vía de la utilización torticera y contra derecho de tal medida pudiendo utilizarla la mujer víctima a su conveniencia y denunciar el hecho según las circunstancias concretas de su vida familiar y sus propios intereses o para conseguir algún beneficio espúreo en un proceso de separación matrimonial; creo que este efecto perverso apuntado por la Audiencia Provincial difícilmente justifica que no se proteja a

la víctima con la orden de alejamiento y existen mecanismos legales para evitar, aunque sea a posteriori, este abuso de una medida si la mujer lo realiza, como la institución del abuso del derecho y el fraude de ley.

Los razonamientos jurídicos del auto consideran que se vulneran los artículos 10, 19,18, 19,24 y 25 de la Constitución Española porque la libertad y dignidad de la persona es un valor superior reconocido tanto en nuestra Carta Magna como en los textos internacionales concordantes (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y Convenio de Roma para la Protección de los derechos Humanos y Libertades Fundamentales) donde la libertad individual, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de ideas y creencias y la intimidad personal definen que la persona en su vida privada tiene derecho fundamental a su dignidad y libertad individual así como a las posibilidades de autorrealización del individuo sin que el Estado ni un tercero ajeno puede interferir este pieza básica de nuestra sociedad actual.

Así considera que la pena comentada de carácter obligatorio desde la reforma del texto punitivo contenido en la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del Código Penal infringe la Constitución Española y así literalmente al auto apunta al quid de esta materia con la siguiente frase: "la persona tiene derecho a la autodeterminación consciente y responsable de su propia vida, a la búsqueda de su autorrealización como individuo, al desarrollo de su personalidad sin que el mismo pueda ser atacado por la intervención de los demás, ni siquiera por los poderes públicos que en un afán de protección a la víctima de las infracciones penales, más allá de lo que la propia víctima desde ser protegida, la impide relacionarse y mantener una relación efectiva y sentimental con aquella persona que ella ha elegido para desarrollar tal facetas de su personalidad".

Es decir, que en la lucha o confrontación de los derechos a la libertad y dignidad personal y la norma vigente dictada en ala proteccionista e intervencionista del Estado para proteger toda costa a la víctima de un delito de violencia doméstica sin contar con su conformidad u opinión, debe prevalecer, según la Audiencia de Valladolid, el primer derecho fundamental.

C. Caso 3.

Por último el auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad alude a la infracción del artículo 24-1º y 25-le de la Constitución Española en el sentido de entender que la medida preceptiva y obligatoria regulada en el artículo 57.2" y 47. 29 del Código Penal infringe la tutela efectiva y el principio de legalidad pena, coincidiendo en este cuestión con el auto del Juzgado de lo Penal 20 de Madrid ya comentado antes; el primer precepto lo entiende la Audiencia Provincial violado porque supone una causa clara y evidente de indefensión de la propia víctima a favor de quien se acuerda la medida de alejamiento ya que se impone al misma sin haberla solicitado (este es el supuesto de hecho llevado a estudio por el tribunal colegiado), que además rechaza de forma manifiesta y expresa que al ser adoptada contra su voluntad y sin ser objeto de contradicción ni siquiera, al no mostrar la oportunidad de pronunciarse sobre la medida que le puede resultar perjudicial, atenta a su derecho a la libertad personal.

No es éste un caso de "laboratorio" y por extraño que parezca se defiende a la víctima de un delito yendo, aparentemente, en su contra al dejar la medida de alejamiento a la discrecionalidad del juez y sin que su actuar obligatorio sea entendido como protección de la misma porque puede atentar a su libertad personal. No compartimos plenamente estas concepciones doctrinales y jurídicas ya que en cierto modo el hecho de suplir la voluntad de los particulares en busca de intereses jurídicos protegidos de especial entidad y de gran trascendencia como es la lacra social padecida actualmente con la frecuencia de violencia doméstica, no puede excusar que se acuda al apoyo exclusivo en la libertad y dignidad personal y es preferible en la vía de política criminal, visto con la mirada del legislativo en su gran afán proteccionista contra la violencia de género, que se asegure a la víctima de futuras agresiones con la medida de alejamiento obligatoria que aunque no es totalmente efectiva y necesita de mejoras y mayores medios económicos para que realmente sea eficaz.

No entendemos ni entenderemos que cuando se traspasa en las relaciones personales, afectivas y familiares el límite de la violencia (física, moral y síquica), se pueda conceder a la persona —más aún en el actual estado de derecho intervencionista— la total libertad para dejarse agredir, lesionar o verse mermada en su

integridad y confianza. Claro está dejando a salvo los hechos totalmente inopinables, no voluntarios y fruto de una situación gravemente tensa donde el problema surge al distinguir estos episodios aislados de los verdaderamente que son anticipo de la futura violencia del maltratador. Puede ser preferible seguir manteniendo la obligatoriedad de la medida de alejamiento como principio general con excepciones fundadas ya que el anterior sistema de la discrecionalidad no funcionaba en la praxis judicial y a veces era difícil, con los medios existentes, distinguir entre las víctimas que no pedían la orden de protección por miedo, temor, posibilidad de venganza o verdadera o sincera reconciliación o perdón al agresor. No está penado el suicidio —como puede suceder en el caso de la mujer víctima que arriesga conviviendo de nuevo con su agresor extremadamente violento— pero antes de suceder la "crónica de una muerte anunciada" es responsabilidad de la sociedad y de los Poderes Públicos poner todos los medios para evitar que se produzcan agresiones violentas.

Finalmente el auto acudiendo al Tribunal Constitucional alude a la violación del artículo 25 de la Constitución Española, principio de legalidad penal, porque considera que realmente se está imponiendo a la víctima de la violencia doméstica la pena de alejamiento cuando la está rechazando viéndose imposibilitada de aproximarse a su pareja o marido siendo incluida ella entre las personas que tiene en su contra esta medida impuesta por imperativo legal; es decir, la sala entiende que en el caso como el enjuiciado en vía del recurso de apelación, cuando la víctima no desea la pena de alejamiento de su pareja, se le está imponiendo una pena sin haber cometido una infracción penal. Esta postura mantenida puede discutirse con el argumento, ya dado actualmente por el Tribunal Supremo, que la pena accesoria está impuesta al acusado y condenado sin que le afecte a la víctima y perjudica, y por ello se entendió que la mujer que voluntariamente incumplía la orden de alejamiento respecto al hombre no incurra en delito alguno; no obstante existen serias dificultades en ni ámbito de una relación afectiva para entender que el hombre condenado no puede acercarse a su pareja o mujer y ella si por lo que ¿cuándo existe delito de quebrantamiento de condena?

Por lo tanto los 3 autos citados plantean la interesante cuestión del choque o confrontación del artículo 57 y 47 del Código Penal que regula la pena accesoria de

alejamiento con carácter obligatorio con los artículos 10, 17, 18, 24 y 25 de la Constitución Española

2. Autos que cuestionan el delito de lesiones del 153.

Citaremos algunos de los muy fundados y estudiadas resoluciones judiciales que toman como punto de partida el análisis del precepto contenido en el artículo 153 ya mencionado anteriormente en cuanto su contenido y evolución legislativa con numeroso cambios que denotan la honda preocupación del legislador para luchar contra esta abundante lacra social de la violencia de género.

A. Caso 1

Uno de los autos más extensos y elaborados es el del Juzgado de lo Penal número 1 de VALLADOLID⁸⁶ en un supuesto de hecho típico de violencia doméstica del artículo 153 del Código Penal en el ámbito de un juicio Rápido penal; la magistrada Lourdes del Sol Rodríguez pone en relación dicho precepto penal con los artículos 14, 10, 24 y 25 de la CEE para analizar la posible confrontación de los principios de igualdad, dignidad personal, tutela judicial efectiva y legalidad penal analizando los antecedentes del precepto penal cuestionado destacando que en su actual regulación operada por la Ley Integral el sexo de la víctima—mujer—en relación con el sujeto pasivo denota que el tipo penal regulado contiene una regulación de los sujetos básica y exclusivamente en relación con el mero hecho de ser hombre o mujer lo que puede colisionar frontalmente con el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución porque presupone unas acciones específicas contenidas en dicho precepto dejando fuera del mismo otras acciones distintas realizadas por otros sujetos activo y pasivo dejando fuera de la especial protección de la violencia doméstica las acciones en que el hombre es víctima de estos delitos y siempre que lo sea en una relación matrimonial o de pareja; esta distinción de las acciones tipificadas de esta forma tiene consecuencias jurídicas importantes en cuanto a la penalidad ya que no solo crean antecedentes penales sino que además entra en juego las disposiciones especiales de ejecución de la sentencia en las previsiones del artículo 83 del Código Penal sobre la posibilidad de suspensión de la

⁸⁶ www.tirantonline.com/jurisprudencia. Auto de 4 de noviembre de 2005 del Juzgado de lo Penal de 1 de Valladolid. Nº de referencia 863354

pena en estos casos que quedará condicionada, en todo caso y de forma obligatoria, al cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones legales, que además el incumplimiento de dichas obligaciones en estos casos de violencia de género determinan de manera automática la revocación del beneficio de la suspensión de la pena e incluso el régimen de sustitución de la pena de prisión está condicionada (artículo 89 del Código Penal) en exclusiva a trabajos en beneficio de la comunidad siendo imposible la sustitución por multa al prohibirlo expresamente la ley.

Todos estos distintos y diferentes efectos de la regulación específica, aparte de la diferencia de penalidad que es lo esencial ya que si la acción no es de las previstas como violencia de género sería falta leve, provocan que el principio de igualdad ante la ley sufra en su concepción y en su contenido así como la interpretación dada por el Alto Tribunal.

La juez observa además que la política legislativa de la Integral se fija en las lesiones y no en otras acciones mucho más graves padecidas por las personas en el ámbito de la violencia doméstica como asesinatos, homicidios, delitos contra la libertad sexual, lesiones graves. El auto aborda el contenido d importante principio de igualdad y de la interdicción de la discriminación por razón del sexo con el significado de la exigencia que a supuestos delito e iguales lesiones corresponda idénticas consecuencias jurídicas. Analiza la doctrina del Tribunal Constitucional con los rasgos esenciales de la igualdad:

"Según indica la STC 253/2004, con cita de la STC 76/1990, los rasgos esencial del derecho a la igualdad ante la Ley en la doctrina del Tribunal Constitucional son los siguientes:

No toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

El principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

Por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la

medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".

Además analiza la superación del principio de proporcionalidad en la distinción legislativa y que la ley integral toma como punto de partida la existencia de la discriminación positiva y acciones positivas en derecho; estas acciones no pueden considerarse lesivas del principio de igualdad ya que deben compensar la desventaja inicial que tiene la mujer en sus relaciones familiares.

Otras consideraciones que introduce el auto, aparte de contar el informe del CGPJ, es que la reforma innova con la introducción no de un Derecho Penal de la Víctima que podría considerarse legítimo, sino que introduce un Derecho Penal de autor basado en la presunción que no admite prueba en contrario de especial vulnerabilidad de la mujer en contraste y coordinación con la peligrosidad del autor hombre que también se presume y esta forma de regular las acciones típicas no es lícita ni constitucional ya que introduce, por primera vez, la discriminación negativa del varón y el consiguiente privilegio de la mujer cuanto es agresora pudiendo atentar contra la dignidad de las personas del artículo 10 y el principio de igualdad del artículo 14 de la Carta Magna. Concluye el auto de Valladolid que está actualmente superada la concepción de la mujer como persona siempre especialmente vulnerable y que el artículo 153,1Q del Código Penal no tiene justificación puesto en relación con la Constitución; la aportación de la magistrada de una posible solución de futuro, muy interesante, es la simple eliminación del texto legal punitivo de la referencia al sexo de los sujetos, activo y pasivo —como existía hasta esta reforma de la LOMPIVG, manteniendo como persona víctimas (sin distinción de sexos) objeto de especial atención legislativa a todas aquellas que sean especialmente vulnerables siempre, claro está, que se practique la correspondiente carga probatoria en este sentido.

B. Caso 2

El auto del Juzgado de Lo Penal 4 de MURCIA21 de 29 de julio de 2005, anterior al de Valladolid, fue el pionero en cuestionar las lesiones en el ámbito de la violencia de género. Parte del supuesto de hecho consistente en una supuesta discusión matrimonial donde el marido sujetó fuertemente de las orejas a su esposa que sufrió un enrojecimiento retroarticular bilateral sin tratamiento médico, que curó con una sola

asistencia médica. La cita de los hechos objeto de acusación por el Ministerio Fiscal es importante para centra los términos del debate jurídico y observa la acción que se considera por al Juez inconstitucional por atentar contra importantes principio de índole constitucional.

La base de tal resolución para dirigirse al Tribunal Constitucional es la confrontación de la calificación del hecho como delito siendo una acción leve lesiva, causada en el ámbito familiar y por un hombre contra su esposa, centrado así la cuestión, pudiendo atentar al principio de igualdad y artículos 10,14 y 24, 29 contenidos en la Carta Magna.

La magistrada razona extensamente sus motivos centrando el tema el debate en la regulación legales de estos supuestos de hecho donde tras la reforma operada por la LOMPIVG de 2004 el sexo del agresor supone la incardinación en el artículo 153, I " Código Penal y no en la falta de lesiones suponiendo una clara confrontación con el principio constitucional de igualdad; el auto analiza varias resoluciones del TC para resumir la doctrina elaborada en numerosas sentencias sobre la base de que la desigualdad de trato debe obedecer a una justificación proporcionada objetiva y razonable huyendo de situaciones artificiosas, arbitrarias o injustificadas; es decir, que tal normativa debe contener un fundamento racional que la justifique para tratar en vía penal de diferente manera por razón del sexo del sujeto activo y pasivo de la infracción criminal; con ello se centra los términos del debate jurídico para ser aplicados al caso concreto por la nunca vía posible para los jueces de acudir al Tribunal Constitucional cuando observen una ley con dudas de su ajuste a la Carta Magna.

Analiza el auto el llamado *test constitucionalidad* del precepto aplicado en este supuesto de hecho, el artículo 153 del Código Penal, puesto en relación con las normas superiores contenidas en la CE para entender finalmente que el delito de lesiones en el ámbito especial de la violencia de género no supera dicho test porque no es justificable esta diferencia de tratamiento jurídico en función del sexo, hombre o mujer del sujeto pasivo o víctima del hecho punible. El auto analiza la evolución del precepto tantas veces citado desde su introducción en nuestro ordenamiento jurídico en el Código Penal de 1973 hasta la reforma operada por la Ley Integral observando que en la evolución de

la acción punible, se introduce por primera vez al violencia doméstica ocasional leve como delito (reforma operada por LO 11/2003) para posteriormente diferenciar en la reforma de 2004 las acciones penales realizadas por el sujeto activo en relación con el sujeto pasivo ya que la ley se refiere a "ofendida", "esposa", "mujer ligada con él", términos todos ellos que indican que la víctima prevista en dicha disposición legal es la mujer y en consecuencia el autor debe la infracción penal será en todo caso el hombre; la magistrada se plantea también si ya que el sujeto pasivo y víctima debe ser siempre del sexo femenino, cabría especular e interpretar que en la pareja homosexual femenina la autora de una agresión de este tipo de ámbito, violencia doméstica, podría ser también una mujer con lo que se discrimina y deja aparte a la pareja homosexuales masculina en todo caso. Lo esencial del significado de la nueva regulación, que rompe todos los términos neutros anteriores a la hora de regular en vía penal los autores y víctima de las infracciones criminales, es el carácter del género masculino o femenino de cada uno de los intervinientes en el tipo delictivo analizado.

Esta cuestión hace dudar de su constitucionalidad por la magistrada aplicadora del derecho por una confrontación directa del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución.

Además porque trata a la mujer desde el punto de vista protector (y no promocional) entendido como una persona siempre vulnerable, débil y en continua situación de riesgo (y es una mujer quien lo dice) generando en el mundo del derecho una desigualdad peligrosa y una discriminación por razón del sexo, en este caso el hombre. Más claro, ni más alto, no se puede decir.

Finalmente el auto de 29 de julio de 2005 apunta que II solución legislativa sería la agravación de estos supuestos de violencia doméstica sin distinción de sexo ya que de otra manera es una opción peligrosa con potenciales efectos perversos. Así literalmente el auto hace la recapitulación del conflicto observado de la siguiente manera: "Recapitulando lo hasta ahora expuesto, se concluye que, en relación con el artículo 153.1 CP, en su nueva redacción otorgada por LO 1/2004:

- Existe una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo.

- La justificación de esa diferencia corresponde al legislador.
- Las hipótesis justificativas que se han ensayado para intentar acomodar la norma a los preceptos constitucionales no satisfacen las exigencias de los arts. 14,24.2 y 10, 1 CE. En particular, no se considera que pueda reconocerse un "criterio objetivo suficientemente razonable, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" por cuanto:
- La prevención general no justifica, por sí sola, una diferencia de trato en sede penal, por razón de sexo, absolutamente insólita en Derecho Comparado y en el Derecho Penal Español de las últimas décadas.
- La norma no tiene naturaleza "promotora" de la situación de la mujer y no puede ampararse en la noción de "acción positiva" como justificación de la desigualdad.
- La norma no se justificaría como norma "protectora" de la mujer como tal o como víctima de la violencia".

Por lo tanto la nueva Ley integral, según el auto planteando la cuestión de inconstitucionalidad, adolece de falta de acomodo de normas constitucionales y por consiguiente se produce la violación de las mismas; pero lo más llamativo es que la magistrada de Murcia entiende que la primordial función de la Ley Integral como es el loable principio de protección a la víctima mujer no se consigue ya que la igualdad entre sexos que pretende conseguir en su finalidad teleológica provoca contrariamente la discriminación en los tipos penales del hombre llegando al absurdo de luchar contra la discriminación de género creando una nueva discriminación. Esta idea latente en todo estas páginas es muy importante porque la verdadera igualdad no pasa por crear otras nuevas desigualdades sino en alzar a la mujer al lugar de debe tener y para ello —sería maquiavélico— no es justificable cualquier acción legal en el sentido de crear una nueva desigualdad. Si el hombre finalmente perdura en esta situación actual hoy en día, no sabemos cuánto tiempo tendrá que pasar para que la Ley actúe en su favor en sentido contrario al actual.

- El auto considera que la igualdad por razón de sexo como finalidad del Poder Legislativo, sería en sí misma legítima y admisible pero la forma en que se reguló en la Ley 1/ 2004 discriminando el sexo de los sujetos y seleccionando arbitrariamente los tipos a que se aplica es una arriesgada opción de adelantamiento de las barreras punitivas, presumiendo el móvil discriminatorio sin admitir el caso contrario con iguales efectos y condiciones, por lo que no se justifica la desigualdad constatada.
- El auto es tajante en este sentido al afirmar: "en definitiva, la introducción de la desigualdad, por la naturaleza penal de la norma y no por la incidencia punitiva concreta, se considera que significa un "coste fáctico" inasumible para los valores constitucionales (STC 196/1999). No se trata de un "coste inevitable en lo que a la determinación de la conducta típica", que pueda verse paliado "en la medida en que la mencionada apertura del tipo se vea acompañada de la consiguiente ampliación, por asida u. del marco punitivo". Se trata de un coste evitable, suprimiendo la mención del sexo y, por tanto, no es relevante que, en la concreta determinación de la pena, e mayor o menor flexibilidad".

La solución final que se digna a hacer la magistrada, yendo más allá de su papel de juzgadora pero que en todo caso es un búsqueda digna de soluciones distintas, es la de sugerir que legislando por igual a ambos sexos como futuras víctima de violencia doméstica bastaba con agravar las penas sin distinguir el sexo de la persona, es decir, a todos por igual. Menciona que se compromete el derecho a la igualdad, el principio de culpabilidad o de responsabilidad por el hecho y la presunción constitucional de inocencia.

Termina la resolución pronunciándose sobre efectos perversos con la Ley Integral afirmar, "arriesgar la coherencia interna del sistema y sus propios fundamentos con el fin de enviar a la ciudadanía, a los colectivos de mujeres o de mujeres maltratadas, un mensaje de engañosa contundencia, no parece una justificación razonable y objetiva para la desigualdad generada, sino, más bien, "un patente derroche inútil de

coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho" (STC 55/1996).

Promover la igualdad a través de la desigualdad es siempre una opción peligrosa de potenciales efectos perversos y de aplicación limitada, temporal y discutible en sus efectos. Pretender proteger la igualdad a través de una norma penal que discrimina las consecuencias jurídicas penales en función del sexo de los sujetos, constituye una opción cuyos riesgos de inconstitucionalidad se someten a la consideración última del Tribunal Constitucional. Y, así, valorando las justificaciones que el legislador ofrezca y su proporcionalidad con medidas, fines perseguidos y resultados obtenidos, decida la validez de su integración en el ordenamiento, su posible interpretación conforme a las normas constitucionales en aparente o real conflicto o su eliminación del ordenamiento por oponerse de manera irreconciliable con los postulados de su Norma Suprema, pues, si los fundamentos ofrecidos por los defensores de la legitimidad constitucional de la diferencia jurídica se presentaren todos como insuficientes para proporcionar la adecuada cobertura a la diversidad de trato jurídico, habrá de "llegar a la conclusión de que ésta carece de fundamento y debe, por consiguiente, desaparecer" (STC 81/1982)".

En efecto, se sugiere que ante la magnitud de la regulación claramente para la juez contraria a la carta Magna, justificada por el legislador en base al propio artículo 14 de la Constitución Española, si la base en que se sustenta la normativa no tiene consistencia, deberá desaparecer por pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional que es a quien se acude por la vía del planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad.

C. Caso 3.

Otra resolución, el auto del Juzgado de Lo Penal número 1 de SAN SEBASTIAN, auto de 21 de febrero de 2006⁸⁷, conocedor de los autos de Murcia y Valladolid se remite a ellos expresamente pero añade algo más al debate muy interesante al tratarse de agresiones mutuas entre hombre y mujer en presencia de

⁸⁷ Auto del Juzgado de Lo Penal número 1 de San Sebastián de 21.2.2006, Juicio Rápido 7/06. Cuestión de inconstitucionalidad número 2013/MI 21H Providencia de admisión de 28.3.2006. BOE de 8 de abril de 2006

menores por lo que se aplica al hecho denunciado el artículo 153, 19 y 39 del Código Penal.

En dichas diligencias el Ministerio Fiscal formuló en sus conclusiones provisionales acusación contra don J. A. S. U. como autor de un delito de maltrato no habitual del artículo 153.1 en relación con el 153.39 al haberse cometido el hecho en presencia de menores solicitando la imposición de la pena de 1 año de prisión, 3 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, accesorias y costas así como la prohibición de acercamiento al domicilio y trabajo de doña Y. V. y la de comunicación con la misma por 5 años. El Fiscal añadió su acusación contra doña Y V. como autora de una falta de lesiones del artículo 617 del Código Penal para la que solicitaba la imposición de la pena de multa de 30 días con cuota diaria de cinco euros. Por tanto nos encontramos con la paradoja y diferenciación por razón del sexo por la acción idéntica realizada por una persona ya que para uno es delito y para otro es falta. Con estos hechos llevados al Juzgado de Lo Penal el magistrado considera que el precepto penal aplicado atenta al principio de igualdad constitucional porque la diferencia de castigo e la conducid punitiva se hace solamente, en la misma acción, en relación con el sexo del auto del delito.

Así lo expone el juez: "Es la claridad con que la aplicación del artículo 153 en sus párrafos 1ª y 2ª al supuesto de hecho, se contrapone con una solución justa en la que el principio de igualdad ante la ley por razón de sexo que establece el art. 14 da la CE sea cumplido. Esto es así porque en este caso ambos ex compañeros tienen la consideración de acusados, por lo que ambos ostentan la condición de supuestos "maltratadores". Sin más, lo que aquí se ha producido según los propios contendientes, ha sido una pelea por un regalo de navidad a un hijo en común, que para uno de los progenitores (el padre) era el adecuado, mientras que para la otra progenitora (la madre) era superflua por ser más necesarios otros objetos.

Pues bien, aun expuesto lo anterior, la tipificación de la conducta de cada acusado está encasillada por imperativo legal en los tipos penales más arriba expuestos, por lo que teniendo en cuenta la escasa gravedad de las lesiones producidas, este Juzgador tenía previsto imponer al acusado la pena mínima ya que el reproche penal

debe venir por haber sujetado a la acusada de las manos y haberle arañado en el cuello; mientras que a la acusada se le iba a imponer una pena un poco más agravada (1 mes más de prisión), ya que su conducta es más reprochable pues tal y como ha quedado acreditado, impidió al acusado abandonar el portal de la casa, luego le arañó la cara produciéndole unas lesiones que le tardaron en curar 4 días más que las suyas, y posteriormente le siguió para no dejarle abandonar el lugar de la discusión hasta romperle su jersey.

Sin embargo, pese a la fundamentación anterior, la realidad es la siguiente. Al acusado, como autor responsable de un delito del artículo 153.1 en relación con el 153.3 procede imponerle una pena que oscile entre los 9 meses y 1 día de prisión hasta los 12 meses. Como la intención era imponerle la pena mínima, la condena sería de 9 meses y 1 día de prisión (no hacemos referencia a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas ni a los trabajos en beneficio de la comunidad porque tienen la misma duración con independencia del sexo del autor).

Pero cuando procedemos a cuantificar la condena de la acusada (por agredir a su hijo) como autora responsable de un delito del artículo 153.2 en relación con el 153.3, la pena oscila entre los 7 meses y 16 días de prisión hasta los 12 meses. Como la intención era imponerle la pena mínima aumentada en un mes, por la mayor reprobabilidad penal de su conducta, la condena sería de 8 meses y 16 días de prisión.

La conclusión no puede ser más clara para este supuesto de hecho. La condena del hombre, pese a que su conducta sea menos reprochable penalmente, es de 15 días más de prisión que la condena de la mujer. ¿Dónde está la razón de esta diferencia de pena de prisión?: Únicamente en el sexo del autor del hecho delictivo. En este caso, con la distinción penal no se protege a la maltratada sino a la mal tratadora (que además también ha golpeado al hijo de su ex compañero). Es decir, se condena con mayor rigor al hombre por el mero hecho de serlo sin tener en cuenta la realidad fáctica acaecida.

Desgraciadamente, hemos vuelto a la peligrosa senda de fijar un derecho penal de autor y no del hecho concreto".

Estas afirmaciones contenidas en el auto reflejan las contradicciones y perversidades de la actual regulación legal introducida por la LOMPIVG; aprecia una clara distinción de conductas en relación con el sexo del autor ya que si es hombre el precepto aplicable es el artículo 153 Código Penal y si la agresora es mujer al compañero sentimental, la acción se incardina en el artículo 617 del Código Penal como falta de lesiones. Con ello no estamos ante una acción de discriminación positiva sino ante una situación de discriminación negativa del hombre por el mero hecho de serlo provocando una mayor sanción al maltratador masculino sin que ello beneficie para nada al sujeto pasivo del delito que es la mujer lo cual está en clara contradicción con la Constitución Española.

El auto finalmente hace unas afirmaciones tajantes para terminar su resolución acudiendo al Tribunal Constitucional "Concluyendo esta exposición, debemos señalar que el legislador a golpe de titulares de prensa o presionados por determinados grupos sociales tiene serios problemas de rigor jurídico. De la misma forma, el introducir discriminaciones por razón de sexo en cualquier regulación legal debe ser realizado con extrema cautela, ya que a estos efectos hay que seguir la doctrina contenida en la STC 253/2004 de 22 de diciembre en la que señala: es oportuno recordar el concreto alcance de la matizada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la Ley (art. 14 CE), cuyos rasgos esenciales resume nuestra STC 76/1990, de 26 de abril, F. 4 a): «a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino

que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Pues bien, expuesta esta doctrina no podemos dejar de pensar que introducir discriminaciones en el ámbito penal es terriblemente peligroso ya que lo que se consigue efectivamente es imponer al sujeto activo por el mero hecho de ser hombre, un plus de agravación en el mayor derecho que una persona tiene en nuestra sociedad que no es otro que la libertad. La consecuencia jurídica de la distinción adoptada en el artículo 153 (la mayor privación de libertad) es la más onerosa que prevé nuestra legislación, lo que lógicamente no puede ser adecuada ni proporcionada al fin perseguido y mucho menos puede superar el juicio de proporcionalidad en sede constitucional ya que el resultado, como hemos señalado, es el más gravoso que prevé nuestra legislación.

En opinión de este Juzgador, esta bienintencionada reforma no puede superar el control de constitucionalidad de la cuestión planteada. Lo más razonable es armonizar la tipificación de las conductas independientemente del sexo del autor, pero esta es una cuestión que debe decidir el Tribunal Constitucional siendo éste el objeto de la presente cuestión".

Es decir, que el magistrado considera que existe infracción de la Constitución y claro contraste de la norma penal con la Norma Suprema apoyándose en la propia doctrina del Alto Tribunal y tras considerar que la intención del Legislativo no es perversa —aunque cita que tal vez se legisle a golpes de titulares de prensa o por presiones sociales— para superar esta prueba del ajuste de constitucionalidad de la Ley Integra sugiere que el precepto penal no haga referencia alguna al sexo de los sujetos activos y pasivo, solución ya comentada antes y de la cual una gran parte de jueces y doctrina son partidarios.

3. Autos que cuestionan el delito de amenazas

Hasta la fecha varios autos cuestionan la legalidad del delito de amenazas del artículo 171. 4S del Código Penal por su contradicción con varios preceptos constitucionales, artículo 9.3, 14, 17, 25, 10 y 24.

3.1. El primer auto del 3 agosto de 2005, del Juzgado de Lo Penal número 1 de MURCIA⁸⁸, recoge los mismos argumentos que, expusieron sobre el delito de lesiones del artículo 153 del Código Penal. La resolución acudiendo al Tribunal Constitucional considera que el nuevo delito introducido por la LOMPIV (amenazas del ámbito familiar puede atentar a los principio) constitucionales de proporcionalidad, derecho a la igualdad ante la ley, a la dignidad de la persona y a la presunción constitucional de inocencia, todos ellos derechos fundamentales considerados pieza básica del estado Social y democrático de Derecho. Los motivos de tal resolución son apreciar que una misma conducta se legisla por razón del sexo del autor y víctima efectuando el test de relevancia constitucional y concluyendo que esta diferencia de trato no satisface las exigencias de la Carta Magna por no ser una distinción normativa basada en criterios objetivos razonados de conformidad con los juicios de valor generalmente acertados.

Otra resolución por el mismo motivo es la del Juzgado de Instrucción número 2 de SANTA COLOMA de FARNÉS⁸⁹ que analiza de nuevo el ajuste de constitucionalidad del delito de amenazas de violencia de género del artículo 171, 4S y 62 del Código Penal porque entiende el magistrado que no se respeta el principio de igualdad del artículo 14 CE. El punto de partida es la denuncia derivada de una discusión entre una pareja sentimental donde el hombre le dijo a la mujer que la iba a matar, que si lo dejaba lo iba a perder todo. Sobre esta base del hecho enjuiciado el juez analiza la concurrencia del precepto penal con los principios de igualdad y libertad personal de los artículos 14 y 17 de la Carta Magna y que los mismos sufren en su contenido con la promulgación del tipo penal objeto de enjuiciamiento penal ya que la regulación de la acción por razón del sexo del autor supone un "salto hacia delante" hecho por el legislador como continuación de las medidas de acción positiva a favor de

⁸⁹ Auto del Juzgado de Lo Penal número 1 de Murcia del 3 de agosto de 2005, P.Abreviado 547/2005. Cuestión de inconstitucionalidad número 5838/ 2006, admitido por providencia del TC del 28 de febrero de 2006. BOE de 13/3/2006.

la mujer pero que con este fin, lograr la igualdad en las relaciones entre géneros, se está llegando a una solución contraria como es la de discriminar al sexo masculino; el juez incluso en su auto llega a afirmar que se trataría de la imposición del Estado-Policía por medio de la creación jurídica de una inferioridad penal del hombre frente a la mujer a todas luces inadmisibles, es decir, conseguir la igualdad por "la vía del palo". Así lo afirma de forma contundente el juez que interpone la cuestión de inconstitucionalidad.

Finalmente el auto, tras examinar como en otras resoluciones ya comentadas, los preceptos constitucionales y la doctrina contenida en las propias sentencias del Tribunal Constitucional llegan a las siguientes conclusiones:

"Entiendo inconstitucional el art 171 4 y 6 CP por ser contrarios al principio de igualdad, ya que:

- Discriminan gravemente al hombre frente a la mujer.- No se configuran como una norma de positiva protección a la mujer. La súper-protección que le depara la norma, es en definitiva, nociva para la mujer al colocarla legalmente en un plano de mayor inferioridad respecto al hombre.
- No se justifica la discriminación por razones objetivas por criterios de razonabilidad, y sí por razones estadísticas y de prevención general negativa.
- No existe proporción entre el fin buscado y el resultado conseguido.
- De la misma forma entiendo que el art 171,4 y 6 son contrarios a los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de la pena ya que:

Imponen al hombre un plus de culpabilidad no por lo que hace o dice sino por el mero hecho de ser varón y actuar contra la que es o fue esposa o mujer ligada con él con análoga relación de afectividad.

Imponen al hombre un plus de culpabilidad por el efecto estadístico, simplemente por ser mayor la cantidad de hombres que de mujeres que profieren amenazas contra su pareja o ex pareja.

Consecuencia de este plus de culpabilidad es la aplicación de una penalidad absurda e irrazonable que no guarda relación con la pretensión del legislador, que

aunque aparentemente sea la de otorgar una súper- protección a la mujer, lo que en realidad consigue (o pretende) es dar un primer paso hacia el terror penal en nuestra sociedad"

Es decir, que el delito de amenazas incurre en varios defectos de ajuste constitucional por discriminar de forma notoria al hombre y por no estar justificado por razones objetivas ni razonables y sí en meras estadísticas, motivos repetidos y ya anunciados por otros autos.

4. CONCLUSIONES.

Por lo tanto, con el apunte del problema y las diferentes opiniones existentes en el mundo jurídico teórico y práctico apuntadas en estas páginas, intento centrar el tema del debate sobre la materia penal de la Ley Orgánica Integral de violencia de género sobre la Mujer, 1/2004 la cual, en la escalada legislativa, da un paso adelante en la lucha de los Poderes Públicos contra esta lacra social aplicando al Derecho Penal la discriminación Positiva. En el trámite parlamentario el Poder Legislativo, por unanimidad, alabó esta reforma para conseguir vencer la violencia de género, verdadero problema que no pude dejar impasivo a los Poderes Públicos debiendo abordarlo para lograr una solución por medio de esta Ley Integral.

La nueva Ley Integral debe pasar el examen de constitucionalidad al estar presentadas y admitidas numerosas cuestión de inconstitucionalidad por los órganos judiciales que aplican esta normativa en la vía penales interesante destacar que existen dos antecedentes previos, los Autos del Tribunal Constitucional del 7 de junio de 2004 y 13 septiembre 2005 resuelven la posible inconstitucionalidad de la reforma anterior (LO 11/2003 de 29 de septiembre) al inadmitir a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad del artículo 153 del Código Penal al estimar que castigar una falta de lesiones como delito no es desproporcionada al ser una medida *idónea y necesaria* ante la magnitud del problema y para lograr la paz familiar; al mismo tiempo apunta que la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad en vez de la pena de prisión deshace el desequilibrio con la prevista en palo de igualdad la pena de privativa de libertad con lo cual parece que estos casos debe atenderse más a la pena alternativa. Estos autos son un ejemplo de la futura decisión, aunque existen otros términos del debate, que tendrá en su día el Tribunal Constitucional al resolver la nueva cuestión de inconstitucionalidad admitidas a trámite y que serán resueltas con un estudio fundado del fondo del asunto.

Con la vigencia de la nueva Ley Integral de 2004 mayores problemas legales está suscitando la regulación por razón de sexo (mujer) de la víctima y autor (hombre) del delito, proscrita por la Constitución Española de 1978 y por la jurisprudencia en base a

la prohibición del artículo 14 Constitución Española de la discriminación por razón de sexo.

Ya lo advirtió el CGPJ en su informe previo a la promulgación de esta Ley Orgánica. Si bien el tipo penal define como autor "el que", si el sujeto pasivo es la mujer (entonces autor siempre será hombre); si es pareja sentimental o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (en este caso cabe como autor la mujer en la pareja homosexual femenina pero no masculina) siendo una nueva discriminación por razón de sexo pero justificada por las estadísticas de casos ocurridos donde más del 97 % la víctima es la mujer.

La interpretación del principio de igualdad del artículo 14 CE aplicado por el propio Tribunal Constitucional llevará a que éste se pronuncie sobre el ajuste de esta materia a la Carta Magna pasando el test constitucionalidad en el futuro, aunque creo que los términos del contraste y examen de ajuste constitucional son relativos, etéreos, indeterminados y abstractos (razones objetivas, criterios racionales, no arbitrarios o injustos) y puede llegarse a cualquier solución según el punto de vista en que se decida por el intérprete constitucional para rechazar o admitir la discriminación positiva y la diferencia de sexo en el ámbito penal.

Por lo tanto el debate de la constitucionalidad de las normas penales reformadas por la LOMPIVG manejará estos criterios para que el Tribunal Constitucional decida si pasa el test de constitucionalidad en base a la aplicación de los criterios expuestos anteriormente. Partidarios de una y otra opción jurídica manejan los mismos argumentos para determinar finalmente si la ley cumple los requisitos y exigencias del ajuste a la Carta Magna. En el próximo futuro observaremos la decisión del Alto tribunal.

Por otro lado, el legislador, parece olvidar que las más importantes causas son el **clima de violencia**, que incluso incentivan algunos medios de comunicación; **una educación sexista** y distanciada del respeto a la igualdad; y su correspondencia con **tradiciones culturales** contra las que bien poco se ha hecho. Si bien hay que admitir que los fenómenos de la violencia de género y de la violencia familiar desconocen clases sociales, no hay que olvidar que también la marginalidad genera relaciones de

dependencia que colocan en decisivas situaciones de debilidad, precisamente a los que ya son más débiles.

Entre los objetivos se concretan los de analizar las recientes respuestas legislativas dadas a los referidos problemas, y comprobar sus posibilidades para mejorar la situación. Lógicamente ello comporta no sólo el estudio técnico-jurídico, sino también el político y sociológico del escenario resultante. No hay que olvidar que como en otras importantes recientes reformas, el éxito de las mismas depende directamente de la implicación institucional, y especialmente de la dotación de medios. Y finalmente se quiere una valoración de conjunto de las posibilidades de mejorar la situación, a la espera de otras iniciativas cuya eficacia lamentablemente es menos inmediata, vistosa y políticamente rentable: las de la implicación en el sistema educativo y cultural.

Como síntesis de todo lo expuesto a lo largo de éste trabajo se pueden sacar una síntesis que permitiría explicar el problema que se ha tratado de abordar:

- ✓ Uno de los mayores riesgos de que son objeto las mujeres, es del maltrato familiar. Existen diversas manifestaciones de éste, que pueden agruparse en malos tratos físicos, negligencias, malos tratos psicológicas, psíquicos y agresiones sexuales, e incluso asesinatos. Es precisamente esto última, lo que merece un estudio exhaustivo y detallado, dado la gravedad que reviste y la existencia de muchos casos en los últimos meses
- ✓ La mujer, en la mayoría de las ocasiones, ya sea por dinero o por permanecer al lado de su hijos, está en una situación de dependencia con respecto al agresor, además, éste suele atacar o agredir a la víctima de modo sistemático y frecuente, aumentando la agresión a lo largo del tiempo.
- ✓ Actualmente son muchos los estudios realizados con respecto a este tema y como consecuencia los datos estadísticos con que se cuentan no son pocos. Pero no hay que olvidar que los datos estadísticos con los que contamos representan sólo una pequeña parte de los casos reales que se dan, con esto deducimos y

afirmamos que la cifra negra es muy elevada, aunque si bien es cierto, el número de casos de denuncia va en aumento.

- ✓ La metodología introducida por las agencias encargadas de la detención de los malos tratos han conducido a propagar diversos “mitos o falsas creencias”, uno de ellos es la consideración social de que el maltrato es un fenómeno infrecuente y extraño en nuestra sociedad, de que los agresores son personas que sufren alguna enfermedad mental... otra es la relación causal que se establece entre clase social baja y maltrato familiar, lo cual lleva a un etiquetado de estas familias más desfavorecidas y marginadas por parte de las instituciones oficiales.
- ✓ Se observa además una escasa preparación de los profesionales en la intervención en los casos de violencia de género. Consecuencia también de una cultura poco solidaria ante este problema.
- ✓ Las respuestas de la sociedad a la violencia familiar es un muro de silencio, se trata de un problema privado y muchos que podrían ayudar deciden no hacerlo. Lo cual nos pone de relieve que hace falta una mayor conciencia social por parte de todos, hay que hacer el problema nuestro y llevar a cabo más dinámicas sociales
- ✓ La violencia de género emerge como un grave y alarmante problema social en los últimos años, quizás debido al número de muertes que se ha cobrado este delito últimamente
- ✓ En cuanto a su frecuencia, antes era difícil obtener datos no sesgados, ya que la mayor parte de los casos no se denunciaban, si bien sigue habiendo una cifra negra elevada, y la forma de averiguar lo sucedido nunca es perfecta.
- ✓ Las víctimas que sufren violencia de género están hoy día en una situación muy precaria, debido entre otras cosas, a que los servicios sociales y la justicia son

especialmente inoperantes en estos casos. La justicia concretamente, ha de vencer muchos de sus prejuicios y procedimientos obsoletos para responder adecuadamente ante situaciones que muchas veces quedan impunes.

- ✓ El maltrato a la mujer, el abuso sexual, el maltrato a los niños o ancianos, en definitiva la violencia dentro del grupo familiar está provocando una gran alarma social, lo que debería suponer una importante presión para el legislador para el endurecimiento del Código Penal y llevar a cabo medidas acordes y realistas con la problemática
- ✓ El ciclo constante de la violencia domestica impide que la mujer lleve a cabo la denuncia, lo que hace difícil por parte de los estamentos poner remedio al problema.
- ✓ El enjuiciamiento hasta hace muy poco tiempo era por el procedimiento abreviado, (en algunos casos sigue siendo) lo que suponía una mayor espera para la víctima, y convivencia, en muchos casos, de nuevo con el agresor, después de haber denunciado a esperas de una sentencia, que a lo mejor no era favorable.

“La prevención es el mejor arma de la Política Criminal”

5. BIBLIOGRAFÍA.

ACALE SÁNCHEZ, M.: "El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar", en LÓPEZ ARMINIO, M. J. (Coord.) Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer, Universidad de Cádiz y Ayuntamiento de Jerez, Jerez de la Frontera, 1999.

ACALE SÁNCHEZ, M.: El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar, Tirant lo Blandí, Valencia, 2000

ACALE Sánchez, m.: "Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar", en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 15 (2005).

ALIAS EIBE, M. J.: "La respuesta específica a la violencia doméstica en el artículo 153 del Código penal: estudio jurídico-penal", en Actualidad Penal, 2001 (3).

BARQUIN SANZ, J.: Delitos contra la integridad moral, Bosch, Barcelona, 2001.

BEGUÉ LEZAUN, J. J.: "Modalidades delictivas de la llamada violencia doméstica. Especial referencia a la violencia psíquica", en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I, 2000.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ GARCÍA ARAN, M., en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.) La Reforma penal de 1989, Tecnos, Madrid, 1989.

BOLDOVA PASAMAR, M. A./ RUEDA MARTÍN, M. A.: "El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, nº 14 (2004).

BOLDOVA PASAMAR, M. A./ RUEDA MARTÍN, M. A.: "La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal", en Diario La Ley, nº 6146, 2004.

BUEREN RONCERO, J. L.: "Violencia habitual en el ámbito familiar: Apuntes para una reforma de los tipos penales y de las medidas cautelares", en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales I, 1998-1999.

CAMPOS CRISTÓBAL, R.: "Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico, en Revista Penal, nº 6, 2000.

- CARBONELL MATEU, J. O/ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CARMONA SALGADO C: "La violación como episodio concreto del maltrato doméstico a la luz de la jurisprudencia más reciente", en Estudios penales sobre violencia doméstica, Edersa, Madrid, 2002.
- CARRACEDO BULLIDO, R., en CERRILLOS VALLEDOR (Coord.) Familia y Violencia: enfoque jurídico, Dykinson, Madrid, 1999.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I.: "La violencia en la pareja: prevalencia y evolución", en BOLDOVA PASAMAR, M. A./ RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords.), La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Barcelona, 2006.
- CERVELLÓ DONDERIS, V: "El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección", en Poder Judicial, nº 33, 1994.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, O: "El derecho fundamental a la integridad moral reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española: su tutela penal", en La Ley, 1996 (6).
- CORTÉS BECHIARELLI, E.: El delito de malos tratos familiares, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CUADRADO RUIZ, M. A./ REQUEJO, C: "El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal", en Lo Ley, 2000 (4).
- CUELLO CONTRERAS, J.: El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad", en Poder Judicial, nº 32, 1993.
- CUENCA GARCÍA, M. J.: "La violencia habitual en el ámbito familiar", en Revista Jurídica de Catalunya, nº 4, 1998.
- Escudero Moratalla, J. F. Frigola Vallina, J. La violencia doméstica: regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar. Barcelona : Bosch, (1999)
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: "Torturas y otros atentados contra la integridad moral", en Estudios Penales y Criminológicos, nº XXI, 1998.
- DE LAMO RUBIO, J et al.: Tratamiento penal y procesal de. la violencia en el ámbito familiar, Bosch, Barcelona, 2002.
- DE URBANO CASTRILLO, E: "El alejamiento del agresor en los casos de violencia familiar", en La Ley, 2001 (2).

DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: "Derecho Penal Sexual: acerca de algunos interrogantes que plantea la regulación de los delitos de agresiones sexuales", en RODRÍGUEZ YAGÜE, C./ VALMAÑA OCHAÍTA, S. (Coord.) La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos, UCLM, Cuenca, 2000.

DEL MORAL GARCÍA, A.: "El delito de violencia habitual en el ámbito familiar", en Manuales de Formación Continuada, nº 3, 1999.

DEL ROSAL BLASCO, B.: "Violencias y malos tratos en el ámbito familiar y tutelar, en LATORRE LATORRE, V. (Coord.) Mujer y Derecho Penal, Tirant lo Blandí, Valencia, 1995.

Delgado Martín, J; prólogo, Manuela Carmena Castrillo, La violencia doméstica : tratamiento jurídico, problemas penales y procesales : la jurisdicción civil, Madrid : Colex, (2001)

DÍAZ PITA, M. M.: "El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral", en Estudios Penales y Criminológicos, nºXX, 1997.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L.: Los delitos de lesiones, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DOLZ LAGO, M. J.: "Violencia doméstica habitual: mitos y realidades", en La Ley, 2000 (3).

FALCÓN CARO, M. C: Malos tratos habituales a la mujer, Bosch, Barcelona, 2001.

GANZENMÜLLER ROIG, C.I ESCUDERO MORATALLA, J. F./ FRICÓLA VALLINA, J.: La violencia doméstica, Bosch, Barcelona, 1999.

GARCÍA ÁLVAREZ, P./ DEL CARPIÓ DELGADO, J.-.El delito de malos tratos en el ámbito familiar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

GARCÍA CALDERÓN, J. M.: "Concepto de maltrato y violencia psíquica", en Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales II, 2000.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.: "Matrimonio y uniones libres; el matrimonio homosexual (Consideraciones de política legislativa)", en La Ley, nº 5431, 2001.

GÓMEZ NAVAJAS, J.: ¿Existe una protección adecuada frente a los malos tratos? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código penal. Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores jurídicos, en RUBIO, A. (Coord) Estudios 18,1.A.M., Sevilla, 2004.

GONZÁLEZ RUS, J. J.: "Las lesiones", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I, Marcial Pons, Madrid, 1996.

GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. U GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P. Comentarios al Código Penal, Parte Especial I, Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

HRUSCHKA, J.: "La coacción en el sistema del Derecho Penal", en Actualidad Penal, 2000 (1).

IN FORME ANUAL DEL OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 2007.

IANDECHO VELASCO, C.I MOLINA BLÁZQUEZ, C: Derecho Penal, Parte Especial, 2a Ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 80 y 81.

IARRAURI PIJOAN, E.: Criminología crítica y violencia de género, Trotta, Madrid, 2007.

LAURENZO COPELLO, P: "La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal", en RECPC 07-08 (2005).

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "Las penas privativas de derechos", en Poder Judicial, n° 53,1999.

LÓPEZ GARRIDO, D7 GARCÍA ARAN, M.: El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador, Eurojuris, Madrid, 1996.

Madariaga y Apellainz, J. "Visión criminológica del maltrato a la mujer. Protección ciudadana. Excmo. Ayuntamiento de Logroño. (1998)

MAGRO SERVET, V: "El Congreso rechaza las enmiendas del Senado a la Reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del Proyecto de Ley inicial", en La Ley, 1999 (3).

MAQUEDA ABRÉU, M. L.: "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social", en RECPC 08-02 (2006).

MARCOS AYJÓN, M.: "Un nuevo delito de malos tratos: análisis del artículo 173 del Código penal", en La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario, n° 2, 2004.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado, Gomares, Granada, 2001.

Martín Espinosa Ceballos, Elena la violencia doméstica: análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado. Granada, Comares,(2001)

- MEDINA, J. J.: Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Ministerio de Trabajo y asuntos sociales. "Plan de acción contra la violencia doméstica". Instituto de la mujer.
- Miura, A."La violencia contra la mujer y los derechos humanos". Ciencia Policial, 35, 47-54, (1996
- MORENO VERDEJO, J.: "El concepto de habitualidad en el delito del artículo 153 del Código Penal: aspectos procesales y sustantivos", Estudios sobre violencia familiar y agresión sexual II, 2000.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, I.: "Las violencias en el ámbito familiar", en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 4, 1994.
- MUÑOZ CLARES, J.: "Artículo 153 y artículo 173 del Código penal. Los delitos "resumen". Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005", en Revista General de Derecho penal, nº 4, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F: Derecho Penal, Parte Especial, 12a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ ROMEO CASABONA, C. (Coords.): Comentarios al Código penal, Parte Especial II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: "El delito de violencia habitual", en BOLDOVA PASAMAR, M. A./ RUEDA MARTÍN, M. A. (Coords.) La Reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género, Atelier, Madrid, 2006.
- OLMEDO CARDENETE, M.: El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial, Atelier, Barcelona, 2001.
- ORAÁ GONZÁLEZ, J.: "Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas", en La Ley, 1996 (3).
- PÉREZ ALONSO, E. J.: "El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1990.
- PÉREZ DEL CAMPO, A.M. "La violencia contra la mujer en el ámbito familiar". Ciencia Policial, 35, 9-28, (1996)

PLANET I ROBLES, S.: "Comentario sobre las reformas del Código penal en materia de delitos sexuales y protección de las víctimas de malos tratos", en Revista catalana de Seguretat Pública, nº 6-7, junio-diciembre, 2000.

PORTILLA CONTRERAS, G., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, I, Marcial Pons, Madrid, 1996.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.: Comentarios al Código Penal, 2ª Ed., Edersa, Madrid, 1996.

QUINTERO OLIVARES, G.: "Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica de 1989, de 21 de junio, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1989.

RUIZ VADILLO, E., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia), Tomo II, Trivium, Madrid, 1997.

RUIZ VADILLO, E.: "Las violencias físicas en el hogar", en Actualidad Jurídica Aranzadi, 1998.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: La violencia en el Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1999.

SARASUA B, ZUBIZARRETA I, ECHEBURÚA E Y CORRAL P (1994). Perfil psicológico del maltratador a la mujer en el hogar. En E. Echeburúa (Ed). Personalidades Violentas. Madrid: Pirámide.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. J.: "La violencia familiar y la función judicial", en Actualidad Penal, 2001 (3). TAMARIT SUMALLA, J. M. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), VALLE

MUÑIZ, J. M. (Coord.) Comentarios al Nuevo Código Penal, Aranzadi, Pamplona, 1996.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: La Reforma de los delitos de lesiones, PPU, Barcelona, 1990.

TAMARIT SUMALLA, J. M.: "Artículo 173", en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/ MORALES PRATS, F. (Coord.) Comentarios al nuevo Código penal, Aranzadi, 3ª Ed., Pamplona, 2004.

TERRADILLOS BASOCO, J. M.: "Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal", en Cuadernos de Derecho Judicial, nº VII, 1995.

TRABADO ÁLVAREZ, O: El delito de malos tratos. Novedades introducidas por la Ley Orgánica 14/99, Septem Iuris, Oviedo, 2002. VILÁN LORENZO, P: "La habitualidad en el delito de maltrato, en Revista Xurídica Galega, n" 46, 2005. VILLACAMPA ESTIARTE, C: "El maltrato singular cualificado por razón de género", en RECPC 09-12 (2007). ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Política Criminal. Editorial Colex, (2001)