

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Arroyo Zapatero, Luis

La intervencion penal contra la violencia de genero

<http://hdl.handle.net/11067/1191>

<https://doi.org/10.34628/fx1b-tj44>

Metadados

Data de Publicação	2014-10-08
Palavras Chave	Violência conjugal, Mulheres - Violência contra
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 04-5 (2007)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T01:17:19Z com informação proveniente do Repositório

**LA INTERVENCION PENAL
CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO**

Luis Arroyo Zapatero

LA INTERVENCION PENAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO*

Luis Arroyo Zapatero¹

Introducción

La cuestión de los malos tratos a las mujeres presenta gran complejidad por razones culturales, jurídicas y criminológicas.

En lo antropológico cultural baste decir que aunque hoy en día – salvo los imanes radicales – no hay nadie que se atreva a afirmar que la mujer debe estar sometida al marido, incluso por la fuerza, como proclamó nuestra tradición por boca de Santo Tomás y nuestra modernidad ilustrada por la de Rousseau, remachada por el propio Napoleón, de cuyo Código civil se acaba de cumplir el 200 aniversario². Apenas a finales de los años 60 comienza a afirmarse la idea de la radical igualdad de hombres y mujeres en la pareja. En otro orden de cosas se plantea al filo del 68 la necesaria retirada del derecho penal en las relaciones homosexuales entre adultos, la primera victoria contra el derecho penal moralizante, bien es verdad que tuvo lugar en Alemania y que entre nosotros requirió veinte años más y una sentencia manipulativa de Tribunal Constitucional para acabar por vía procesal con la Ley de peligrosidad y rehabilitación social.

En España la vigencia de la tradición llega – por razones bien conocidas – hasta antes de ayer. Sólo en 1963 se deroga el privilegio del varón de su cuasi impunidad para dar muerte a su mujer sorprendida en adulterio³. Y sólo ayer

* Conferência proferida em Lisboa, na Universidade Lusíada em Outubro de 2004.

¹ Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla – La Mancha. Director de Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Presidente de la Societé Internationale de Defense Social.

² Como nos lo recuerda Robert BADINTER en un hermoso opúsculo conmemorativo: “Le plus grand bien...”, Fayard, Paris. 2004. El régimen subordinado es obra suya, no en vano presidió personalmente 55 de las 107 sesiones de la Comisión de Codificación v. p. 57.

³ La evolución histórica del tratamiento de la mujer por los Códigos penales está muy bien desarrollada por M. J. CRUZ BLANCA, Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia

mismo, en los albores de la democracia, en 1977 ser despenalizaba el adulterio y se suprimía la discriminación que el código penal hacía de la mujer al requerir para el adulterio masculino el público amancebamiento. A la mujer le bastaba con un único descuido revelado por el marido, mientras que para incriminar a este se requería la pública exhibición. Debe recordarse también que la legalización del divorcio llegó solamente en 1981 y la parcial despenalización del aborto comenzó tan sólo en 1985. y como sabemos no hemos superado aquí el sistema de indicaciones, que no permite la libre decisión de la mujer en el período ordinario europeo de los tres primeros meses de la gestación. El privilegio del infanticidio y el aborto *honoris causa* tienen la misma raíz masculina que todo lo anterior

Es más, resulta muy significativo que en la legislación histórica se hayan previsto de modo constante dos tipos de faltas singulares: la del marido que maltrata a su mujer aún cuando no le causare lesiones y la de “la mujer desobediente a sus marido que le provocare o injuriare” previstas en el art. 483,1 del Código de 1848, que se reproducen en el art. 603, 2 y 3 del Código de 1870 y que se mantiene en el Código de 1932, perdiendo la referencia a la desobediencia y sustituyendo la provocación y la injuria por el maltrato de palabra y obra, y que continúa supérstite hasta la reforma del Código de 1983, que crea la falta bilateral de malos tratos. Para lo que sirve la referencia histórica es para poner de relieve la sabiduría de los legisladores de los códigos del siglo XIX: los maridos maltratan, las mujeres desobedecen y se rebelan.

El sometimiento de la mujer estaba explícito en la moral oficial y en la legislación vigente hasta nuestro tiempo cercano. No es de extrañar que esa moral oficial histórica esté todavía bien presente y vigente en la cabeza de muchos hombres, e incluso de sus víctimas mujeres, y que esa concepción de dominio natural sobre la mujer que tantos tienen a flor de piel o escondida en el reservorio más profundo de la memoria emocional, rebrote ante la vida en una España moderna en la que la mujer se abre paso como ser autónomo e igual, a pesar de todas las limitaciones sabidas y por aprender.

Pero junto a la moral oficial y a las leyes está siempre la concepción del mundo de los aplicadores del derecho penal y, al margen de un porcentaje relevante de mentalidades más próximas a Santo Tomás que a Rousseau, no es menos cierto también que hasta la actual crisis la idea general preponderante consistía en que lo mejor y más prudente era la mínima intervención en los conflictos de la vida doméstica⁴. Con ello, lo que no se veía se acompañaba del no querer ver.

doméstica en la codificación penal, en L. MORILLAS, Estudios penales sobre violencia doméstica, Edersa Madrid, 2000, p. 19 y ss.; María ACALE SANCHEZ, El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar, Tirant, Valencia 2000, p. 23 y ss..

⁴ Vid. Enrique RUIZ VADILLO, La violencia física en el hogar, en “Actualidad Aranzadi”, 22 enero 1998, p. 2.; v. asimismo JJ RUIZ RICO, El sexo de sus señorías, Madrid, 1991. Resultan de mucho interés

Pero un buen día todo lo que era invisible o no se quería ver se coló lo en la primera página de los periódicos y en las ediciones de los telediarios, sin soltarla, y el paraíso de la igualdad de hombres y mujeres de nuestra democracia se quebró al mostrar un infierno radicalmente intolerable.

2. Las sucesivas reformas penales

1. Las primeras reformas legales se centraron en el Código penal y abordaron la cuestión como si el asunto fuera de lesiones y de homicidio. La reforma del código de 21 de junio de 1989 introdujo en el art. 425 la incriminación con prisión de seis meses a seis años de quien habitualmente ejerciera violencia física sobre los miembros del grupo familiar. El precepto no contemplaba la violencia psíquica y daba pie a una concepción cuantitativa y formal de la habitualidad, para lo que terminaron requiriéndose tres o más episodios concretos de violencia, frente a la tesis que luego intentó imponer el Tribunal Supremo, en sentencia del 7 de julio de 2000, en el sentido de que lo relevante era el que la víctima “viva en un estado de agresión permanente”. El nuevo Código penal de 1995 mejoró la figura del anterior art. 425, incrementó la severidad de la pena y precisó la compatibilidad concursal del maltrato habitual con las faltas y delitos de lesiones concretos producidos. Pero daba lo mismo, pues como reconociera el propio Consejo general del Poder Judicial los jueces seguían calificando los hechos principalmente como faltas, con los conocidos efectos de tener que prescindir de prisión provisional que era la única medida cautelar sobre el acusado de que se podía entonces disponer y dar pie a que el maltratador terminara por acabar con la vida de la mujer delante del juzgado, sumido en culpable impotencia las mas de las veces⁵.

Pero en el infierno se avivó el fuego y el problema se convirtió en radicalmente insoportable, en especial con él asesinato de Ana Orantes en 1997. Sólo desde entonces muy en numerosas las iniciativas de todo orden, entre ellas, muy especialmente la ley de Castilla – la Mancha cuya presentación en el otoño de 2000 dio lugar a un gran debate institucional y social y que terminó aprobándose el 17 de mayo de 2001

2. La Ley Orgánica de 1999 abordó el problema de modo más decidido que en las anteriores ocasiones: crea las penas y medidas cautelares de prohi-

los informes anuales que publica la Federación de Mueres Progresistas sobre las sentencias parcialmente recogidas en los periódicos en www.mujeresprogresistas.org, el IV alcanza el año 2003, aun cuando sería necesario un examen pormenorizado sobre las propias sentencias.

⁵ Para el régimen penal del Código de 1995 ver, por todos Luis GRACIA MARTIN, en la coedición con J.L. DIE RIPOLLÉS, Comentarios al Código penal. Parte especial, Tirant, Valencia, 1997, p. 413 y ss..

bición de aproximación y comunicación con la víctima, reconoce a la violencia psíquica junto a la física en el delito de maltrato habitual – cuyo concepto precisa positivamente – y amplía el espacio temporal de las violencias típicas al tiempo posterior a la ruptura de la convivencia⁶.

En el año 2001 el Consejo General del Poder Judicial presenta un informe de gran interés sobre la materia, y tras un examen crítico del marco legal pone de relieve el desamparo de las víctimas y la impunidad de los agresores derivado de la falta de posibilidad legal de recurrir a la prisión provisional ante las faltas, que siguen siendo las calificaciones jurídicas preponderantes en sede judicial, apunta la posibilidad de ampliar el delito de malos tratos habituales renunciando a la exigencia de la habitualidad, lo que supone absorber buena parte de las faltas de lesiones y malos tratos, e incluso sugiere la supresión de la falta de malos tratos entre parientes, para garantizar su calificación como delito⁷.

3. Las reformas de 2002

A las alturas de la preparación de la reforma del Código penal de 1995, que se realizó mediante varios instrumentos legales durante 2002, las medidas penales no parecían servir gran cosa para atajar la epidemia. Con la intervención penal a partir de los tipos de homicidio y lesiones los jueces llegaban manifiestamente tarde, y cuando se les presentaba el problema en la fase inicial, con lesiones leves y maltratos, no sólo se llegaba tarde sino que el proceso y las consecuencias jurídicas de las faltas, además de no proteger, parecían envalentonar a los maltratadores y generaban en las víctimas mayor desconfianza en la justicia y des nacimiento⁸.

Se debe recordar que la figura jurídico penal de las faltas no permite adoptar en que al imputado la prisión provisional, por lo que, siendo la calificación judicial del hecho más frecuente la de falta, la denunciante no encontraba nunca la protección que esa u otra medida cautelar pudieran ofrecer frente al peligro de reiteración de las violencias. De tal manera que lo que generaba mayor impotencia era que frente la evidencia de los indicios de grave peligro en los hechos denunciados evidenciaban se terminaba en lo peor, sin modo conforma de poder ofrecer a la víctima una tutela eficaz.

⁶ Vid. P. GARCÍA ALVAREZ y J. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant, Valencia, 2000.

⁷ En "Actualidad Penal" 2001(2).

⁸ Vid. el amplio Informe sobre el tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia de Manuel CALVO GARCÍA, en Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, www.unizar.es/sociologia_juridica.

Todo ello madura y tiene un resultado en tres tiempos. En primer lugar la Ley 27 de 2003, relativa a la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, de 31 de julio, la reforma de la prisión provisional por la L. O. 13/2003, de 24 de octubre, y la reforma del Código penal que se adopta por la Ley Orgánica 11 de 2003, de 29 de septiembre⁹.

- a) La Orden de protección en un instrumento capital, pues con la atribución de la competencia concentrada en el Juez a quien llega la denuncia, tanto para las medidas penales como para la civiles, otorga el instrumento más necesario en un conflicto en el que la denuncia presenta un hecho que, por no ser materialmente la "primera vez", revela el grado de peligro real que la víctima corre en "ciclo de la violencia" en que suele estar inmersa. A la Ley debe seguir la práctica, con organización y con medios, pero también la disciplina conceptual por parte de los órganos judiciales. Baste hacer una referencia en este aspecto a la demanda de ampliación espacial de la Orden de alejamiento que en los primeros meses se viene estableciendo en distancias mínimas y espacios incompletos que no evidencian mucho sentido común.
- b) La reforma de la prisión provisional en lo que aquí interesa incorpora expresamente al elenco de los fines que la autorizan el "evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de algunas de las personas a las que se refiere el art. 153" (por 173.2) y excluye en estos casos la limitación de que el delito por el que se imponga tenga prevista pena privativa de libertad igual o superior a dos años de prisión, bastando que tenga pena privativa de libertad es decir a partir del 1 de octubre prisión de tres meses.
- c) La reforma de Código que opera la L. O. 11/2003 consta de los siguientes elementos:
 1. Lleva las violencias domésticas habituales, que se situaban en el art. 153, al delito contra la integridad moral del artículo 173, en el n.º 2, ampliando más el elenco de lo doméstico hasta extremos ridículos y difícilmente comprensibles: además del cónyuge y análogos, los padres, hijos, hermanos, tíos, tíos políticos, del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que con el convivan, los que por cualquier otra relación estén integrados en la convivencia familiar y, además, los guardas o custodios de centros de acogida de personas vulnerables.

⁹ Sobre el conjunto vid. Patricia LOURENZO COPELLO, Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada, en "Artículo 14", v. 4, diciembre de 2003, Instituto Andaluz de la Mujer, p. 4 y ss..

2. El nuevo delito contra la integridad moral resulta punitivamente compatible con las penas de los delitos o faltas que se hubieren podido cometer en el curso del maltrato.
3. Las penas se agravan desde la básica de 3 meses a 3 años a su mitad superior cuando las violencias se hayan realizado en el domicilio común o en el de la víctima, en presencia de menores, portando armas, o con quebrantamiento de una pena u orden cautelar de alejamiento.
4. A su vez, el artículo 153 se aprovecha para incorporar en él los malos tratos que hasta el momento se consideraban faltas, en concreto todos los malos tratos violentos – los que causan menoscabo psíquico o lesiones no constitutivas de delito, los golpes y maltratos de obra sin causar lesión y las amenazas leves con armas, proyectado todo ello sobre el elenco de víctimas incorporado en el 173.2. Todo ello se castiga con pena de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y otras penas accesorias. Las principales se imponen en su mitad superior si concurren las circunstancias enunciadas antes al hacer referencia al 173.2

Posiblemente estas conductas que constituían faltas de lesiones y malos tratos se han elevado a delito para “forzar” a los Jueces poco rigurosos a “hacer Justicia”, dificultándoles la calificación de falta y posibilitando el recurso a la prisión provisional. Pero sería mejor que se hubiera hecho así por la plena conciencia de que estas conductas presentan un grado de injusto y culpabilidad mayor que la propia de las faltas, como veremos después, pero el maremagnum de situaciones y relaciones del autor y las víctimas impide entenderlo así.

Con todo, la reforma en este punto es globalmente positiva, salvo en el mantenimiento de todo el elenco de víctimas a que se ha hecho referencia que creo dificulta captar debidamente el problema de las violencias de género en la pareja.

4. Propuestas penales del Las Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género

Lo primero y principal es que por vez primera nos encontramos con una ley integral que fija y articula todas las políticas sociales y jurídicas para la lucha contra la violencia de género una ley de esta clase integral es reclamo fundamental de la política criminal ante problemas complejos. Se complementa así el principio de codificación con acciones y disposiciones horizontales coordinadas y con dotaciones presupuestaria que lo soporten. Por vez primera

no nos encontramos con una ley que confía todo al Derecho Penal. Y lo que al Derecho penal se refiere es lo siguiente:

- a) Agrava la pena de los delitos de lesiones añadiendo a las causas de agravación de las mismas previstas en el art. 148 (empleo de armas, ensañamiento, minoría de edad o incapacidad de la víctima) la circunstancia de que 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”.
- b) En el delito previsto en el artículo 153 redactado por la L. O. 11/2003, de malos tratos y de amenaza leve con armas respecto del círculo de víctimas del art. 173. 2 el Proyecto se limita a suprimir la referencia al uso de armas, que lleva luego a las nuevas amenazas del 171.4. No hace aquí mención autónoma ni agravada a la violencia de género como en el anterior.
- c) Configura como delito de amenazas las amenazas leves constitutivas ordinariamente de falta, cuando estas se profieran contra la esposa o mujer que..., como en el 148. La pena se incrementa sobre la falta de multa de 10 a 20 días (conforme a la nueva redacción del art. 620. 2 de la LO 15/2003) a prisión de seis meses a un año o trabajos al servicio de la comunidad de 31 a 80 días. Esta pena admite un párrafo terror puede ser reducida a la inferior en grado “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho”, pero “razonándolo expresamente en la sentencia”.
El nuevo delito parte pues de la consideración del amenazas leves cuando sen de género como conductas más graves que las demás, y conforme al saber empírico y criminológico. Pero para permitir correcciones por el injusto y la culpabilidad prevé la cláusula de reducción de la pena en un grado, es decir, por seguir la argumentación antes expuesta, para cuando excepcionalmente en la práctica el hecho denunciado fuere propia mente “la primera vez” y sin situación de riesgo de relación de síndrome.
- d) Como n.º 4 del art. 171 sitúa las amenazas leves con armas u otros objetos peligrosos frente a las personas del círculo del 173.2, que desde la LO 11/2003 se había residenciado en el art. 153, pero excluye las proferidas contra el cónyuge que considera implícitas en el apartado anterior.
- e) Configura como delito de coacciones en el art. 172, 2, con pena de seis meses de prisión a un año o trabajos de 31 a 80 días, la coacción leve, normalmente constitutiva de falta cuando se efectúe sobre la esposa o...etc., que en los demás casos se regirá por lo dispuesto por la LO15/ /2003 en el art. 620.2 y las realizadas sobre los sujetos del art. 173.2 se penan con localización permanente de 4 a 8 días, con alejamiento res-

pecto de la víctima o con trabajos de 5 a 10 días. Lo que se mantiene y ajusta en el Proyecto.

- f) El Proyecto propone la modificación del delito de quebrantamiento de condena., que en la versión de la LO15/2003, de próxima entrada en vigor también se modifica con un incremento punitivo. Lo que el Proyecto aquí propone es elevar la pena a prisión de seis meses para el que quebrantare las penas y como las medidas de la orden de protección en los casos relativos al círculo de víctimas de art. 173.2 Este incremento resulta necesario y justificado desde el principio de proporcionalidad pues los quebrantadores de la pena y la medida de protección, de alejamiento, etc, no sólo lesionan el bien jurídico de la Administración de Justicia, sino que lesiona la seguridad de la víctima a quien se trata de proteger, genera en ella el fundado temor a la continuación del maltrato, del ciclo de la violencia y de nuevos riesgos y peligros Esa pérdida psicológica y material de la seguridad que proporciona la orden de protección no es un mero peligro abstracto o concreto sino un daño efectivo para la mujer. Bien es cierto que el asunto se plantea así con más claridad para las mujeres y no tanto para las demás víctimas del 173.2.
- g) El proyecto concluye la parte penal sustantiva con una cláusula dirigida a que la Administración penitenciaria incorpore programas específicos de violencia de género y programas específicos para los maltratadores, que es una experiencia clínicamente recomendada¹⁰.

5. La incomprendida esencia del problema del tratamiento penal de los malos tratos y violencias domésticas: el déficit del conocimiento criminológico.

Más allá de todo déficit normativo o funcional para abordar el fenómeno de los malos tratos a las mujeres¹¹, lo que encuentro más relevante es la incom-

¹⁰ Vid. ECHEBURUA, FERNANDEZ MONTALVO, y DE LA CUESTA, Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar, en "Psicopatología clínica, legal y forense, I, 2, 2001, p. 19 y ss.

¹¹ La bibliografía española sobre la violencia de género en la pareja puede seleccionarse en lo siguiente:: María José BENITEZ JIMÉNEZ, Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos, Edisofer, Madrid, 2004; F.J. LABRADOR La bibliografía en castellano sobre la aproximación criminológica al problema puede seleccionarse y otros, Mujeres doméstica. Programa de actuación, Pirámide, Madrid, 2004; Juan J, MEDINA, Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España, Tirant, Valencia, 2002, con bibliografía víctimas de la violencia cerrada a 2001; GANZENÜLLER, ESCUDERO y FRIJOLA, La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar, Bosch, Barcelona, 1999; M. y J. A. LORENTE ACOSTA, Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso, Comares, Madrid, 1998; Enrique ECHEBURUA Personalidades violentas, Pirámide,

preensión de que esa violencia de hombres sobre mujeres en la pareja presenta caracteres materiales, sociales y psicológicos bien distintos de las demás violencias interpersonales, inclusive de aquellas a quienes se tiende a tratar del mismo modo: las violencias sobre menores y ancianos, a todo lo cual se le cubre incluso bajo un mismo título, "violencia doméstica", como si lo único singular de todo ello fue la relación parental y la comunidad del espacio domiciliario. Aún más, se tiende a creer que en la pareja la violencia es bipolar, y ello por el mero hecho de que las estadísticas de resultados de muerte y lesiones arrojan un porcentaje de autores mujeres, sin que hasta ahora se haya procurado completar la pobreza informativa de nuestra estadística judicial con la averiguación de en qué medida esa violencia femenina es puramente reactiva, es decir de retorsión o de defensa¹².

Las razones del déficit de comprensión criminológica singularizada del fenómeno de la violencia de género estriban en lo tardío de la elaboración criminológica del "síndrome de la mujer maltratada" y en las dificultades añadidas a la propia dificultad de la materia para su comprensión general, toda vez que su elaboración vino de la mano, en buena parte, de la criminología "feminista", que como cualquier otro tipo del movimiento no podía carecer de manifestaciones o propuestas extremadas en otros aspectos, como aquéllas que identifican fenómenos como la pornografía o la prostitución con la violación misma, con lo que al obstáculo de las mentalidades "tradicionales" se añadirá la confusión y el rechazo en las mentalidades más "modernas" a estas propuestas neomoralizantes.¹³

La esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas no es otra que la necesidad-deseo de dominio sobre la mujer. La acción violenta del hombre está psicológicamente orientada a someter a la mujer mediante un combinado de agresiones físicas y psíquicas que integran el elenco de las infracciones penales constitutivas de homicidio lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones. El sometimiento se persigue a través de la producción del miedo en la mujer, miedo a seguir sufriendo daños físicos y psicológicos en sí misma o sobre sus hijos, todo lo cual constituye ese síndrome de la mujer maltratada¹⁴.

Madrid, 1994; María José JIMÉNEZ DÍAZ, Mujer víctima doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable, en L. MORILLAS, ed. Estudios penales sobre la violencia doméstica, Edersa, Madrid, 2002; Elena LARRAURI, ¿ Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?, en "Revista de Derecho penal Criminología" n.º 12 (2003), p. 271y s..

¹² Vid. LARRURI, violencia doméstica y legítima defensa, un caso de aplicación masculina del derecho, en E. LARRAURI y D. VARONA, Violencia doméstica y legítima defensa, EUB, Barcelona, 1995, p. 9 y ss..

¹³ Que en mi opinión ha tenido acogida, por ejemplo en la reforma de los delitos de violación operada por la L.O. 12/2003 en el art. 179.

¹⁴ Vid M.LORENTE ACOSTA, Agresión a la mujer..., cit. p. 113, M. J. BENITEZ JIMENEZ cit.. p. 31 y ss., JIMENEZ DÍAZ, cit, p. 289 y ss. LABRADOR y otros cit 24 y ss..

En las conductas violentas y de malos tratos hay, por supuesto, dolo de lesionar – en su caso, de matar – pero lo más relevante es la voluntad más o menos intelectualmente elaborada por el autor de someter a su pareja¹⁵.

Las violencias contra la mujer por parte del marido no son tanto un hecho como un proceso y lo más grave en ello no es tanto la lesión misma como la permanente exposición al peligro de lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y a la humillación. Los golpes y el dolor duran más o menos, pero el miedo, en no pocos casos verdadero terror, la humillación, la impotencia, la destrucción de la personalidad, la quiebra de la integridad moral hacen que estas violencias y malos tratos sean continuados y permanentes. El proceso y la dinámica de la violencia de género en la pareja están hoy perfectamente identificadas en el “ciclo de la violencia” del “síndrome de la mujer maltratada”: voluntad de dominación y sometimiento, acumulación de la tensión, explosión violenta, reconciliación o manipulación afectiva, escalada y reanudación del ciclo¹⁶.

Siendo así las cosas, resulta que la denuncia o la intervención penal no se produce casi nunca en el primer tiempo del ciclo, sino tras la fase de explosión violenta de cualquiera de los sucesivos ciclos. La formulación de la denuncia ante la policía o el juez nunca llega a producirse con ocasión de la “primera vez”. Esta circunstancia tiene varias consecuencias muy relevantes:

- 1.º El hecho que llegará a ser objeto de denuncia por la víctima o de conocimiento por la autoridad tiene siempre un previo proceso de hechos de daños y peligros que no sólo es fundamental captar en la investigación y en la prueba, sino también en el propio momento de la denuncia, pues sólo así se puede captar el grado de exposición al peligro en que se encuentra la mujer y la propia naturaleza y gravedad del peligro que amenaza a la mujer, para tomar así las medidas cautelares pertinentes. Así lo ha captado perfectamente la Ley de la orden de protección, cuyo presupuesto es, además de los indicios fundados de comisión de un delito o falta, “una situación objetiva de riesgo para la víctima”.
- 2.º Es esa situación de peligro, que quien mejor capta es, naturalmente, la víctima – la que convierte en graves hechos aparentemente menores, que de producirse por “primera vez” podrían tratarse como leves. Y esto es lo que ocurre precisamente en el espacio de las amenazas y coacciones: lo que violenta más a la víctima no es tanto el grado objetivo de la coacción o amenaza “leves”, sino la significación que

¹⁵ Vid. Miguel LORENTE ACOSTA, *El rompecabezas. Anatomía del maltratador*, Ares y Mares, Barcelona, 2004.

¹⁶ Vid. especialmente BENITEZ JIMÉNEZ, cit., p. 44 y ss. Y M. LORENTE ACORTA, *Agresión a la mujer*, cit, p. 96 y ss..

en verdad tiene para la víctima ese hecho leve en el contexto del proceso del síndrome de los malos tratos. Lo que para el observador externo y superficial resulta leve, para la mujer, por las circunstancias del proceso de conflicto, puede tener un grado de credibilidad y de inexorable que la resultará bien grave, así como para el observador atento. Esto es lo que creo que acontece en la vida práctica judicial: la lesión leve o el maltrato aparecen como hecho aislado, con desconocimiento de la dinámica general y concreta de la violencia de género en la pareja y, más allá de operadores jurídicos extravagantes, se termina calificando como falta lo que es grave, y que debería ser, por tanto, delito.

El debate sobre el originario artículo 153 del Código del 95 y la posterior creación del delito de maltrato habitual contra la integridad moral en el art. 173.2, y la nueva y distinta dimensión que toma la cuestión con la integridad moral como bien jurídico, de contornos no precisos, han inducido erróneamente a no captar la dimensión de daño efectivo y real que presentan no sólo los delitos y faltas de las lesiones leves los maltratos de obra, sino también las coacciones y amenazas leves en la salud física y psíquica y la libertad moral que son los bienes jurídicos que tales delitos tutelan. Son delitos y faltas de lesión de los bienes jurídicos y no meras puestas en peligro, ni abstracto ni concreto, aunque además de lesión se incorporen peligros concretos¹⁷.

Por otra parte, merece observarse que mientras que en la generalidad de las violencias interpersonales la denuncia y la subsiguiente intervención policial o judicial ordinaria basta para interrumpir la acción criminal, no ocurre lo mismo en la violencia de género. La compulsión del varón al maltrato está preordenada a la dominación y tiende a superponerse a las motivaciones ordinarias que suele producir la mera intervención de la autoridad. La consecuencia de ello es la extraordinaria necesidad de disponer de las medidas cautelares de protección, desde la orden de alejamiento a la prisión provisional y, a su vez, el asunto nos muestra lo largo que resulta el ciclo de la violencia y del sometimiento al terror de la víctima, poco propicio a ser bien entendido por a ideología mecanicista que todavía pesa en la dogmática de los delitos de violencia.

Por todas estas razones estimo que está bien fundamentado tanto el sistema de la orden de protección como la conversión de la falta de lesiones y de malos tratos en delito operada por la ley orgánica 11 del 2003 en el artículo 153, y por las mismas razones estimo que resulta razonable convertir en delitos las

¹⁷ Vid. exhaustivamente sobre esta polémica L. GRACIAMARTIN, ob., cit., p. 418 y ss, quien es, por otra parte, el que ve más acertadamente esta cuestión en aquél momento. Vid sobre el delito del 173 Jesus BARQUÍN SANZ, *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001.

faltas de coacciones y amenazas leves cuando se trata de las cometidas en el marco de la violencia de género, es decir, por el hombre sobre la mujer, tal y como plantea el Proyecto de ley.

6. Constitucionalidad de las propuestas del Proyecto de ley

Tras lo expuesto creo que no se puede razonablemente ni pensar que nos encontremos ante un tratamiento desproporcionado. Bien al contrario, esas coacciones y amenazas que en las relaciones interpersonales pueden ser leves, y seguir siendo faltas, si se produce en el marco de conflicto de género en la pareja y en los términos que describe el síndrome de la mujer maltratada, deben convertirse en más graves y por lo tanto, ser tratadas como delito, procesal y materialmente, es decir, con pena de delito y con posibilidad de prisión provisional por delito.

Puede razonablemente alegarse que aunque la regla general sea la mantenida no se puede excluir el que al juez pueda llegar una amenaza o coacción propiamente leve, aislada por completo de toda situación de conflicto, y por lo tanto carente del desvalor de acción y de resultado que he expuesto como común u ordinario.

Ante esta observación, si así se desea puede asegurarse la presencia del grado de desvalor añadido mediante la incorporación a los diferentes tipos de las nuevas amenazas y coacciones la necesaria concurrencia de la "situación objetiva de riesgo" para la víctima, que es además el concepto que utiliza la Ley de la Orden de protección y va ser merecedor de desarrollo y utilizable en la Orden y en tipo penal.

Procede, ahora que según mi criterio se ha expuesto la naturaleza propia de la violencia de género en la pareja, el abordar la cuestión de la constitucionalidad de la creación de tipos que tienen por sujeto activo al varón y por víctima a la mujer. Creo que tras lo descrito nadie puede pensar que nos encontremos en la reforma penal propuesta ante un supuesto de discriminación positiva o negativa alguno. Estamos ante el propósito de tipificar de modo autónomo un tipo de comportamiento que sólo se da por parte del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre. Los daños que sobre la salud y libertad de la mujer se producen en el contexto del síndrome de la mujer maltratada por vía de lesiones, amenazas y coacciones son más graves que cualquiera otras lesiones, amenazas y coacciones interpersonales comunes de mujeres sobre hombres dentro de la pareja, o de hombres sobre mujeres con quienes no tengan ni hayan tenido la relación de pareja, o de hombres y mujeres contra cualesquiera otras víctimas.

Puede alegarse que son también mas graves que las lesiones, amenazas y coacciones comunes las infligidas a menores y mayores dependientes. Esto

es cierto sólo si tales personas se encuentran en una especial situación de desvalimiento, y en ese caso lo que procede es castigar mas gravemente a los que lesionan o maltratan a personas desvalidas del círculo doméstico, para no incluir a menores o ancianos que se valen por si mismos y para no dejar fuera a quien siendo mayor, resulta estar desvalido por ser, p. ej., parapléjico. Pero estos tipos de violencias interpersonales no están provistos de las mismas características materiales de gravedad y de relaciones de peligro que las violencias sobre las mujeres¹⁸, como se manifiesta en la práctica de la orden de protección, y en especial de las variantes de alejamiento y prohibiciones de comunicación, pues no son relevantes las aplicaciones a las violencias sobre menores y ancianos.

Frente al derecho vigente me parece imprescindible tratar separadamente la violencia de género doméstica de las demás violencias domesticas, y todas estas referenciadas única y exclusivamente a las ejercidas sobre personas desvalidas o en situación de vulnerabilidad.

Todo lo anterior se puede formular en los términos más propios de la dogmática penal en del modo siguiente: El principio constitucional de igualdad requiere en las incriminaciones penales, en la configuración típica y en la pena que no se traten de modo desigual, privilegiada o agravatoriamente, conductas cuyo valor de acción y de resultado sean iguales. Se dice lo mismo cuando los penalistas se expresan con la fórmula de que no se pueden hacer distingos de incriminaciones o de pena ante conductas lesivas del mismo bien jurídico que ofrecen el mismo grado de injusto y de culpabilidad. A su vez, resulta legítimo constituir tipos agravados sobre los comunes o básicos de lesiones, amenazas y coacciones, para captar en ellos en mayor desvalor de acción en los tres supuestos y el mayor desvalor de resultado en las amenazas y coacciones que representan los casos de violencia masculina generadora del síndrome de la mujer maltratada. En estas conductas el grado de injusto es mayor, pues el daño sobre la libertad, la seguridad y la integridad de la mujer es mayor, y también es mayor el grado de culpabilidad, pues resulta más reprochable la motivación que inspira al autor de la violencia de género.

Conclusiones

El Proyecto de Ley Orgánica representa el cierre del largo e intenso proceso legislativo para afrontar el problema de los malos tratos fundamentalmente a través de una Ley de carácter integral, que abarca todos los aspectos institucionales, asistenciales, económicos penales y procesal penales. En lo penal

¹⁸ Cfr. M. J., BENITEZ, p. 27 y s. con referencias y Miguel LORENTE ACOSTA, en todos los lugares.

mediante la creación de tipos autónomos agravados para los supuestos de violencia de género, de hombres sobre sus parejas, que es una realidad criminológica material, conocida como síndrome de la mujer matratada que presenta mayor desvalor de acción y de resultado que en las demás violencias interpersonales, por lo que este tratamiento no resulta ni discriminatorio ni inconstitucional y mediante la protección penal singularizada y agravada del cumplimiento del sistema de medias de protección con un nuevo delito de quebrantamiento de condena. En lo procesal porque concentra todas las competencias penales y civiles en el mismo órgano judicial que permitirá una más eficaz coordinación interinstitucional, de la investigación y de la protección de las víctimas.

El texto de las propuestas penales merece algunas reformas, como la reconfiguración de las personas particularmente vulnerables y quizá abordar de nueva planta el problema de los delitos contra la integridad moral.