

Diez años de derecho penal español contra la violencia de género: maltrato habitual y maltrato ocasional en la pareja*

ANA MARÍA PRIETO DEL PINO**

Resumen

Las disposiciones penales de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (“Ley Integral”), vigentes desde el 30 de junio de 2005, constituyen un punto de inflexión en España en el tratamiento punitivo de la violencia sobre la mujer ejercida por su pareja o ex pareja masculina, que deja de considerarse expresión de la violencia doméstica y pasa a contemplarse desde una perspectiva de género. El trabajo analiza y valora el impacto y los efectos –tanto los perseguidos como los no deseados o deseables- de la “Ley Integral” a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal en la represión del maltrato habitual y del maltrato ocasional durante sus diez años de andadura.

Palabras clave

Violencia de género, Ley Integral, violencia habitual, violencia ocasional

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Excelencia SEJ 0416, financiado por la Junta de Andalucía, “Los costes del enfoque punitivo para reducir la violencia sobre la mujer pareja: un análisis de eficiencia”.

** ANA MARÍA PRIETO DEL PINO. Universidad de Málaga. Contacto: amprieto@uma.es

Abstract

The criminal provisions of the Organic Law 1/2004, on Comprehensive Measures against Gender Violence (the “Comprehensive Law”) –in force since 30 June 2005–, represent a turning point regarding punishment of the violence inflicted on a woman by her male partner or former partner, which is no longer considered an expression of domestic violence and comes to be viewed from a gender perspective. This paper analyses and assesses the impact and the effects —both the intended and the non-intended or non-desirable ones— produced at the legislative, judicial and academic levels by the Comprehensive Law concerning usual and occasional maltreatment during its ten years lifetime.

Key words

Gender violence, Comprehensive Law, usual maltreatment, occasional maltreatment.

Sumario

1. El castigo de la violencia contra las mujeres antes de la entrada en vigor de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (Ley Integral); 1.1. Los orígenes de la regulación; 1.2. El delito de maltrato habitual; 1.3. El inmediato precedente de la Ley Integral: la reforma operada por la LO 11/2003; 2. La incorporación de la perspectiva de género: la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y su incidencia en el articulado del Código Penal español; 3. Las limitaciones de la perspectiva de género en las disposiciones de Derecho Penal sustantivo de la Ley Integral; 4. La tutela penal reforzada de la mujer o “agravantes de género”: fundamento y constitucionalidad; 5. El delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y su aplicación judicial; 6. Algunas conclusiones y perspectivas de futuro.

1. El castigo de la violencia contra las mujeres antes de la entrada en vigor de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (Ley Integral)

1.1 Los orígenes de la regulación

Hasta 1989, en el marco de una regulación de las lesiones extraordinariamente casuística, el anterior Código Penal español¹, castigaba como faltas (infracciones leves) al que maltratara a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra, aunque no llegare a causarles lesiones no impeditivas para dedicarse a sus trabajos habituales ni necesitadas de asistencia facultativa (art.583.2º), así como a “los cónyuges que escandalizaren en sus disensiones domésticas, después de haber sido amonestados por la Autoridad” si el hecho no pudiese ser calificado como delito (art. 583.4º).

Fue la activa denuncia de la ausencia de medidas legales enderezadas a combatir seria y eficazmente la violencia contra las mujeres ejercida por sus compañeros sentimentales la que determinó que la LO 3/1989 de 21 de junio, incluyera en el art. 425 –capítulo IV del Título VIII del Libro II, rubricado “De las lesiones” – la incriminación de forma específica de la causación, “con cualquier fin”, de malos tratos físicos habituales, en el ámbito familiar ejercidos sobre el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho. Sin embargo, paradójicamente, la represión penal de la violencia contra las mujeres en España se ha caracterizado hasta hace una década por la carencia de un abordaje autónomo e individualizado, así como por su integración en las figuras destinadas al castigo de la violencia intrafamiliar o doméstica.

Así, el nuevo Código Penal de 1995, en su art. 153 –también ubicado en sede de lesiones– mantuvo la formulación del comportamiento típico de 1989 y estableció como sujetos pasivos al cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad al autor, los hijos propios, los del cónyuge o conviviente, los pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallaren sujetos a la potestad, tutela, curatela, o guarda de hecho de uno u otro. Asimismo, añadió que la pena prevista –prisión de seis meses a tres años– se impondría “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.”

Como consecuencia de este enfoque, la violencia de género siguió siendo contemplada por la legislación penal como una manifestación más, si bien la de

1 Texto refundido de 1973.

mayores proporciones, de la agresividad descargada por los miembros de la institución familiar que ocupan las posiciones de poder sobre los miembros más débiles y vulnerables a ellos subordinados. Las numerosísimas modificaciones legales posteriores², con las que se fue incrementando de manera paulatina el rigor punitivo y se fueron reforzando sus mecanismos de aplicación, continuaron, en efecto, negando carta de naturaleza a la violencia machista.

A la labor de “fagocitismo” de la violencia machista por parte de la categoría “violencia doméstica”, llevada a cabo con el beneplácito de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, se fue coadyuvando con la ya referida progresiva ampliación de su círculo de sujetos pasivos. Paradigma de esta tendencia fue la LO 11/2003³ que, además de dar cabida a relaciones de noviazgo sin convivencia, introdujo lazos familiares antes no abarcados. Agotó el ámbito de lo doméstico en sentido estricto, abarcando a las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar del autor. Más aún, la mencionada Ley Orgánica traspasó las fronteras de dicho ámbito, al extender la tutela a “las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.

En este afán por diluir la violencia contra las mujeres en la violencia doméstica subyacía, sin duda, la contumaz resistencia de muchos sectores sociales a reconocer que la violencia de género es un fenómeno de carácter estructural, no circunstancial o coyuntural, que se ejerce sobre la mujer por su condición de tal, y que es un instrumento estratégicamente utilizado para perpetuar el modelo patriarcal y las relaciones de dominio del hombre sobre la mujer que le son propias (LAURENZO, 2005: 5; MAQUEDA, 2006a). Y es también esa falta de reconocimiento la que, como se expondrá más adelante, sigue latiendo en el cuestionamiento de la constitucionalidad de una posterior política criminal artífice de la incorporación al Código penal de la perspectiva de género.

2 La LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Código Penal, la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal en materia de Protección a las Víctimas de los Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el enjuiciamiento Rápido e inmediato de determinados Delitos y Faltas , la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia doméstica e Integración Social de los Extranjeros, la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Prisión Provisional, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal y el RD 355/2004, de 5 de marzo sobre el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica

3 Vid. sobre los efectos de esta reforma ASÚA ,2004; LAURENZO, 2003; MUÑOZ SÁNCHEZ, 2004.

1.2 El delito de maltrato habitual

La doctrina dominante ha considerado desde su introducción en el CP que el delito de maltrato habitual es un tipo agravado –de simple actividad según un sector doctrinal, de resultado material en opinión de otro, y de peligro abstracto (GRACIA, 1996; 1997) o peligro concreto para algunos autores (MAQUEDA, 2001) – en el que debe subsumirse la intensificación de lo injusto de la falta de malos tratos del art. 617.2⁴. Dada tal vinculación mayoritaria de la figura con la falta de malos tratos, el tradicional debate en torno a cuál sea el bien jurídico protegido en esta última amplió su terreno de juego al ámbito del art. 153 (ALONSO ÁLAMO, 2005). Así numerosos autores han defendido que el maltrato habitual, al igual que la falta de maltrato, ataca un bien jurídico distinto de la salud e integridad personal propio de los delitos de lesiones, cual es la dignidad humana o integridad moral, contra la que se atenta en el art. 153 en el ámbito familiar o cuasi familiar (BARQUÍN, 2001; OLMEDO, 2001). Desde esta perspectiva, el ejercicio sistemático de violencia sería constitutivo de un trato degradante generador en el sujeto pasivo de “un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante sí mismo”. Quienes así opinan, consideraban insuficiente la perspectiva asumida en el CP, centrada en la protección de la salud, y estimaban necesario atender a las afecciones de la dignidad, la libertad, el bienestar e indemnidad personal o el honor generadas por el maltrato habitual, abarcadas por el concepto de “integridad moral”. Otro sector de la doctrina y la jurisprudencia ha defendido que el bien jurídico atacado por la violencia habitual tampoco es la salud física o psíquica, sino la dignidad en el ámbito familiar o la paz familiar (ACALE, 2000).

Debe precisarse, además, que hasta la reforma operada en 1999 el precepto no incluyó los malos tratos causados cuando la relación de pareja ya había cesado, nefasta laguna dada la frecuencia con la que el fin de la relación incrementa cuantitativa y cualitativamente el riesgo de la víctima (CEREZO, 2000). Y tampoco estaban abarcados hasta entonces los actos de violencia psíquica, que un sector de la doctrina estimaba, precisamente, comprendidos en el delito contra la integridad moral del art. 173.1⁵. Lo que deba entenderse por violencia psíquica –es decir, si a efectos de atribuir tal consideración ha de atenderse a los actos realizados o al menoscabo producido– así como la entidad o gravedad exigible a dicha violencia

4 Vid. al respecto MUÑOZ SÁNCHEZ, 2004:115

5 Vid. CERVELLÓ DONDERIS, 2001.

para considerarla típica, ha propiciado un intenso debate doctrinal que este sucinto trabajo solo puede mencionar⁶.

Ahora bien, más allá de la discusión en torno al bien jurídico protegido, y de las muy importantes repercusiones derivadas de la posición que al respecto se mantenga, los principales problemas interpretativos del precepto han sido los generados por el elemento de la habitualidad. Así, por una parte, el término “habitualmente” ha sido contemplado por unos como concepto objetivo (reiteración de actos), ha sido visto por otros como concepto subjetivo –condición vinculada al autor–, y se ha defendido también una concepción mixta u objetiva-subjetiva –reiteración de actos expresiva de hábito en el autor–⁷. Por otra parte, también ha sido objeto de debate el número de actos de violencia necesarios para integrar la habitualidad, inicialmente entendido por doctrina y jurisprudencia mayoritarias, en ausencia de disposición legal al respecto, conforme al tradicional criterio seguido en otros delitos y también por aplicación analógica del concepto de delincuente habitual del art. 94 CP, como existencia de tres actos o más (DE VICENTE, 2004; SANZ MORÁN, 2011).

La ya mencionada reforma operada por la LO 14/1999 de 9 de junio⁸, añadió un segundo párrafo al precepto conforme al cual, para apreciar la aludida habitualidad, se habría de atender al número de actos de violencia que resultaran acreditados, así como a su proximidad temporal, con independencia de que dicha violencia se hubiera ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el precepto, y de que los actos violentos hubieran sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Los criterios relativos a la habitualidad han suscitado controversia, lógicamente vinculada, aunque no de modo exclusivo, a la existente en torno al bien jurídico protegido.

Por lo que respecta al número de actos violentos necesarios, el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de junio de 2000 –STS 5590/2000– rechazó el criterio basado en la mera aplicación analógica del concepto de habitualidad recogido en el art. 94 CP a los efectos de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, y optó por la línea interpretativa con arreglo a la cual “lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.

6 Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, 2004: 118 y ss.

7 Sobre este debate vid. GONZÁLEZ RUS, 2005; DE VICENTE, 2004; SANZ MORÁN, 2011.

8 Además de incluir en el círculo de sujetos pasivos a los menores en acogimiento y de extender el castigo a la violencia psíquica.

En virtud de esta consideración, el Alto Tribunal estimó suficiente en el caso enjuiciado la existencia de dos acciones violentas, al entender que no constituían dos ataques aislados, sino “dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de agresión de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como habitual”.

En relación con la apreciación de la habitualidad con independencia “de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”, parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia ha afirmado que integrar la habitualidad con actos que ya han sido condenados vulnera el principio *ne bis in idem*, toda vez que se imponen dos condenas concurriendo identidad de sujeto, hecho y fundamento. Otros sectores doctrinales niegan la vulneración del referido principio, bien a partir exclusivamente de un entendimiento en clave subjetiva de la habitualidad, bien de la combinación de esta tesis o de la que concibe la habitualidad en un sentido objetivo con la defensa de que el bien jurídico protegido por el delito de maltrato habitual no es el mismo que el que se protege en las concretas agresiones enjuiciadas. Desde ambas perspectivas se ha argumentado que el ejercicio reiterado de violencia permite una valoración jurídico-penal autónoma respecto de aquella que toman en consideración los delitos y faltas de lesiones que castigaron los actos concretos de violencia. Por su parte, el Tribunal Supremo pronto consideró que resultaba aplicable un concurso de delitos si como consecuencia de la violencia se producen lesiones típicas, toda vez que la finalidad del delito de maltrato habitual es “proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno”⁹.

Asimismo, el inciso al que se viene haciendo referencia ha hecho surgir opiniones discrepantes respecto a si las agresiones que ya hayan prescrito pueden fundamentar la responsabilidad por un delito de violencia habitual. Frente a los argumentos esgrimidos por una parte de la academia, contrarios a dicha posibilidad, la Fiscalía general del Estado en su Circular 1/1998, la Jurisprudencia y un significativo sector doctrinal, han considerado que la prescripción de los actos violentos no es óbice para que integren la habitualidad exigida por el tipo. Desde esta óptica se estima que la prescripción a la que ha de atenderse a fin de respetar las garantías del procesado no es la relativa a los actos concretos de violencia, sino la tocante al delito habitual, cuyo plazo comenzará a contarse a partir del cese de la situación ilícita, es decir, del fin de la situación de violencia a la que está sometida la víctima.

9 Así STS 7414/1996, de 20 de diciembre de 1996, F.J. 7º.

Las importantes dificultades hermenéuticas apuntadas y sobre todo, los problemas de diversa índole que lleva aparejados una siempre compleja y onerosa indagación en el posible historial de violencia del agresor sobre su pareja o ex pareja femenina, tuvieron como consecuencia una escasísima aplicación del delito de maltrato habitual tanto antes de la reforma operada en 1999 (CALVO GARCÍA, 2005; DE VICENTE, 2004), como tras ella (LAURENZO, 2004; OLAIZOLA, 2010), siendo la mayoría de las denuncias tramitadas como faltas.

1.3 El inmediato precedente de la Ley Integral: la reforma operada por la LO 11/2003

Como se ha señalado previamente, durante la vigencia del delito de violencia habitual del art. 153 fue cobrando fuerza en la doctrina y la jurisprudencia la tesis de que, pese a que el precepto estaba incardinado en el Título III del Libro II CP dedicado a las lesiones, el bien jurídico protegido por la figura de la violencia habitual no es el mismo que el tutelado por los demás artículos allí ubicados. Pues bien, fue esta opinión la que tomó cuerpo en la LO 11/2003 de 29 de septiembre, que modificó muy sensiblemente la regulación de la violencia doméstica. Por una parte, el legislador español trasladó el delito de malos tratos habituales al artículo 173, ubicado en el Título VII, denominado “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, al que agregó un nuevo apartado¹⁰. Por otra parte, dotó de nuevo contenido al art. 153 CP, elevando en este precepto a la categoría de delito una serie de conductas de violencia doméstica no habitual que, hasta entonces, dada su escasa gravedad, se castigaban como faltas¹¹.

10 La memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005 aclaraba que “el excepcional incremento del 1.772,04 por 100 en el título correspondiente a los delitos de tortura y contra la integridad moral, se explica con facilidad si valoramos que la LO 11/2003, de 29 de septiembre, modificó el artículo 173 del Código Penal, incorporándole su actual párrafo segundo en el que se tipifica y sanciona la violencia física y/o psíquica de carácter habitual en el ámbito familiar, por lo que todos los comportamientos de esta naturaleza que con anterioridad a dicha reforma tenía su reflejo estadístico en otros títulos del Código Penal, desde octubre del año 2003, y por tanto a lo largo de todo el año 2004, se han registrado informáticamente en el referido apartado de delitos contra la integridad moral.”

11 “El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será 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 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.

Con la transformación de falta a delito que llevó a cabo la LO 11/2003, se perseguía —según su propia exposición de motivos— abrir “la posibilidad de imponer pena de prisión, vedada para las infracciones penales constitutivas de falta por tratarse de una pena grave o menos grave (art. 33 CP) y en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas”¹².

Por lo tanto, a partir de octubre de 2003 la regulación de los delitos de violencia doméstica en España quedó escindida en dos preceptos con diferentes ubicaciones sistemáticas, en uno de los cuales se castiga la violencia habitual (art. 173.2 CP), mientras que en el otro (art. 153 CP) se reprime la violencia no habitual.

Ambos delitos están conectados entre sí de manera expresa en lo tocante al ámbito de los sujetos pasivos, pues el art. 153 remite a este respecto al art. 173.2. Sin embargo, parece haberse impuesto no sólo la tesis de que los bienes jurídicos tutelados en uno y otro son distintos (CASTELLÓ, 2005; CUELLO/CARDENAL, 2005) sino también la de la autonomía o desvinculación de los restantes elementos típicos de ambos preceptos¹³.

2. La incorporación de la perspectiva de género: la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y su incidencia en el articulado del Código Penal español

En el reformado escenario que se acaba de esbozar, alabado por unos y duramente criticado por otros, vio la luz a finales de diciembre de 2004 la esperada y polémica Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, (en adelante “Ley Integral”, “LO 1/2004” o “LI”). Como establece su exposición de motivos, atendiendo a las recomendaciones de los organismos internacionales, pretende prevenir, sancionar y erradicar esta clase de violencia y

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

- 12 Un nutrido sector de la doctrina ha criticado muy duramente dicha transformación incidiendo, sobre todo, en la vulneración del principio de proporcionalidad que implica. Vid. en este sentido, entre otros, LAURENZO, 2003; BENÍTEZ JIMÉNEZ, 2004; ARÁNGUEZ, 2005; PRIETO, Una valoración positiva puede encontrarse, en cambio, en ARROYO, 2008; GÓMEZ NAVAJAS, 2004 y GIL RUIZ, 2004.
- 13 Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia provincial de Girona núm. 1103/2005 (Sección 3ª), de 14 de diciembre (JUR 2006/56497) se argumenta que en el —nuevo— delito de maltrato ocasional del art. 153, a diferencia de lo que ocurre en el delito de maltrato habitual, no hay que exigir subordinación entre agresor y víctima, dado que ésta no puede inferirse a la vista de un solo acto.

prestar asistencia a sus víctimas. A tal fin “la violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar”, proclama dicha exposición. La Ley da cabida, en efecto, a aspectos preventivos y educativos (que se extienden a los ámbitos publicitarios y medios de comunicación, sistema educativo, ámbito sanitario), asistenciales y de atención a las víctimas, y proporciona “una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley”.

De conformidad con su art. 1.1, la Ley Integral “tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. El apartado 3 del referido art.1 precisa que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

La Ley Integral constituye, por lo tanto, un punto de inflexión en el tratamiento jurídico–penal de la violencia contra la mujer, que deja de considerarse expresión de la violencia doméstica y pasa a contemplarse desde una perspectiva de género, es decir, a ser vista “como un tipo específico de violencia social vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer– y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales o, lo que es igual, en pautas culturales que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer” (LAURENZO, 2006; FARALDO, 2006).

A nivel internacional, la LI ha sido considerada como una de las más importantes y eficaces normas a nivel mundial para combatir y erradicar la violencia sexista¹⁴. A nivel nacional, sin embargo, la incorporación de la perspectiva de género al Código

14 Avala esta afirmación el hecho de que España haya sido acreedora en 2014 de una de las menciones de honor del Premio de Políticas de futuro –Future Policy Award 2014– que las instituciones ONU Mujeres, World Future Council y la Unión Interparlamentaria conceden a las mejores leyes y políticas del mundo que persigan poner fin a la violencia ejercida contra las mujeres y las niñas. El jurado del Future Policy Award destacó, además de la tipificación como delito de la violencia de pareja ejercida contra las mujeres, la creación de tribunales especializados –Juzgados de Violencia sobre la mujer–; y la inclusión de un conjunto de medidas encaminadas a la protección de las víctimas, así como a cambiar las actitudes sociales.

Penal ha generado una gran controversia, y ha dado lugar a la división tanto de la doctrina como de la jurisprudencia en dos bloques: firmes defensoras y defensores del nuevo enfoque y acérrimos detractores y detractoras de él¹⁵. Estos últimos, incluso tras el pronunciamiento en sentido afirmativo del Tribunal Constitucional, continúan albergando serias dudas sobre la constitucionalidad –o incluso están convencidos de la inconstitucionalidad– de algunas de las previsiones incorporadas al Código Penal, por estimar que conculcan los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad (DEL ROSAL, 2005). A su vez, entre quienes aplauden el cambio de prisma operado por la Ley Integral en el ámbito del derecho penal sustantivo (a quienes me sumo), no escasean precisamente las voces críticas –a las que también me sumo– que ponen en tela de juicio la adecuación desde un punto de vista político–criminal de ciertas decisiones adoptadas en la Ley Integral y/o el tratamiento técnico–jurídico concreto que la misma ha dispensado a determinados aspectos de los delitos y faltas sobre los que ha incidido¹⁶.

Las modificaciones producidas, que se concentran en tan sólo 9 artículos del Código Penal¹⁷ y están vigentes desde el 30 de junio de 2005, pueden sintetizarse del siguiente modo:

a– A través de la creación de subtipos específicos se agrava la responsabilidad penal del varón que *maltrata de forma ocasional* o *lesiona* a una mujer a la que esté o haya estado ligado sentimentalmente (artículos 153.1 y 148.4^o respectivamente), así como de todo aquél que despliegue idénticas conductas sobre una persona especialmente vulnerable con la que convive (artículos 153.1 y 148.5^o respectivamente)

b– Se agrava la pena de las *amenazas leves* con armas cuando la víctima es alguno de los sujetos protegidos por el art. 173.2¹⁸. Se establece un subtipo agravado en el delito de amenazas (art. 171.4) comprensivo de *toda clase de amenazas leves* (también, por lo tanto, las realizadas sin armas) aplicable a los supuestos en

15 La crítica más demoledora hacia la reforma, dirigida también al proyecto de Ley Integral, es la de GIMBERNAT, 2004. El autor considera que se trata de manifestaciones del denostado “Derecho penal de autor”, porque al sujeto activo “se le castiga no por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer”.

16 En mi opinión, la Ley Integral merece una valoración global muy positiva, en especial en lo tocante a sus disposiciones no penales, pero no puede perderse de vista que el legislador, sin pretenderlo, ha aportado a los jueces ciertos instrumentos idóneos para ahondar, no siempre conscientemente, en la discriminación de la mujer y/o en su desprotección. Vid. sobre estos aspectos Prieto, 2010.

17 Aunque, indirectamente, alcanzan a más.

18 La LO 11/2003 ya elevó a delito en el art. 153 las amenazas leves con armas en relación con todos los sujetos del art. 173.2. Vid. Prieto, 2005.

los que la víctima es una mujer de la que el autor es pareja o ex pareja, o bien una persona especialmente vulnerable con la que aquél convive.

c– Se establece un subtipo agravado en el delito de *coacciones* (art. 172.2) aplicable a los supuestos en los que la víctima es una mujer de la que el autor es pareja o ex pareja, o bien una persona especialmente vulnerable con la que aquél convive.

d– Se introducen *atenuaciones* de la pena aplicables también a los nuevos subtipos agravados en los delitos de malos tratos ocasionales (art. 153.4), amenazas (171.6) y coacciones (art. 172.2 *in fine*).

e– La *suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad* impuestas por delitos relacionados con la violencia de género pasan a tener un régimen específico orientado hacia la protección de la mujer y hacia el tratamiento psicológico y la reeducación del agresor.

f– Se agrava de forma obligatoria la pena prevista para el delito de *quebrantamiento de condena* (art. 468) en los supuestos concernientes a penas contempladas en el art. 48 del Código Penal (que implican el alejamiento del agresor) o medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguno de los sujetos enumerados en el delito de malos tratos habituales, es decir, en el ámbito de la violencia doméstica.

Dadas las limitaciones de extensión de este trabajo, no es posible abordar todas las modificaciones que se acaban de enunciar, ni buena parte de los problemas hermenéuticos que ha suscitado la recepción de la perspectiva de género por el Derecho Penal sustantivo español. El análisis que a continuación se emprende versa tan solo sobre el maltrato habitual y el maltrato ocasional.

3. Las limitaciones de la perspectiva de género en las disposiciones de Derecho Penal sustantivo de la Ley Integral¹⁹

Un examen desde una perspectiva de género de las modificaciones del Derecho Penal sustantivo operadas por la LO 1/2004 revela que, pese a las expectativas que crean su propio título y su art. 1. 3, ni se abordan en ellas de forma directa todas las manifestaciones de la violencia de género (limitaciones), ni todos los cambios tienen que ver con la violencia de género (“extralimitaciones”). En relación con la primera

19 Sobre las “extralimitaciones” de la Ley Integral en el ámbito del Derecho penal sustantivo, es decir, los aspectos no relacionados con la perspectiva de género sobre los que ha incidido, puede verse PRIETO.

de estas dos conclusiones —la única que por razones de espacio se aborda en este trabajo— se ha señalado que la Ley Integral limita doblemente su radio de acción (Durán Febrer, 2004; Comas D'Argemir/Queralt Jiménez, 2005; Maqueda Abreu 2006,b). Por una parte —limitación que podríamos denominar subjetiva— *no abarca cualesquiera agresiones de un varón contra una mujer, sino sólo las expresiones de la violencia de género que se registran en el seno de las relaciones de pareja*. Por otra parte —limitación que se podría calificar de objetiva—, *la Ley Integral circunscribe su radio de acción al ámbito de algunas de las infracciones penales que atentan contra los bienes jurídicos salud o integridad física y psíquica (lesiones y malos tratos ocasionales), libertad en el proceso de toma de decisiones (amenazas leves) y libertad de ejecutarlas (coacciones leves)*. No han sido regulados por la LO 1/2004, por ejemplo, los atentados contra la vida humana independiente, la mutilación genital, ni la explotación o agresión sexuales (Maqueda, 2006 b; Fiscalía General del Estado, 2005).

Esta doble restricción, aunque puede resultar rechazable, no debe restar valor al trascendental avance que, con carácter general, representa la Ley Integral en la protección de los derechos de las mujeres. Tampoco creo que deba considerarse apresuradamente negativa en todos sus aspectos pues, como trataré de explicar seguidamente, es posible hallar sólidos argumentos que avalan, al menos, buena parte de las limitaciones aludidas. Así, por lo que respecta a la restricción subjetiva, a la vista de la fuerte polémica suscitada, y de la pertinaz resistencia de amplios sectores doctrinales, jurisprudenciales y sociales a reconocer la existencia de la violencia de género como fenómeno específico que subyace en las críticas más aceradas, parece prudente y razonable que la Ley Integral limite su intervención punitiva a las agresiones que se registran en el ámbito de la pareja o ex pareja. “La pareja — explica muy bien Maqueda, 2006 b— representa un ámbito de riesgo relevante no sólo ya por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, además, porque constituye un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer una posición de dependencia, vulnerabilidad y subordinación a la autoridad masculina”. La decisión encuentra apoyo, además, en datos cuantitativos. Como refleja la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, el Informe del Servicio de Inspección del Consejo general del Poder Judicial de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica correspondiente a 2004 revela que las mujeres representan el 90,2% de las víctimas en el total de 99.111 denuncias presentadas durante ese año, así como el 94% de las víctimas amparadas por la concesión de órdenes de protección de un total de 34.635 adoptadas desde la

entrada en vigor de la Ley 27/2003, norma legal habilitadora de dichas medidas. De acuerdo con los datos ofrecidos por el mismo Servicio, de las 100 personas muertas en el ámbito de la violencia doméstica y de género en 2004, 84 eran mujeres, de las cuales 69 murieron a manos de su pareja o ex pareja. Y del análisis de los datos obrantes en el Ministerio del Interior correspondiente a los años 1998-2002 se desprende que por cada hombre muerto a manos de su pareja, son 5 las mujeres a las que mata su pareja (Stangeland, 2004)²⁰.

En lo tocante a la limitación objetiva, el criterio de selección adoptado parece que no es otro que el de la frecuencia del comportamiento violento desplegado por el varón sobre la mujer dentro de las relaciones de pareja. Las conductas sobre las que incide la Ley son manifestaciones bien conocidas del concepto jurisprudencial de maltrato físico o psíquico. Adviértase a este respecto que el Tribunal Supremo viene considerando violencia psíquica las amenazas y los comportamientos de acoso y hostigamientos reiterados²¹. Por otra parte, la preterición por parte de la LI de otros comportamientos violentos de igual o mayor gravedad –como el homicidio, el asesinato o la agresión sexual– podría justificarse argumentando que las consecuencias en términos de “no (hipotético) incremento de efecto disuasorio” derivadas de la falta de una agravación específica pueden ser paliadas a través de la apreciación de la agravante de parentesco (art. 23 CP), que a partir de la reforma llevada a cabo por la LO 11/ 2003, de 29 de septiembre, puede ser aplicada a las relaciones de pareja ya extintas²².

No puede predicarse lo mismo, sin embargo, de los malos tratos habituales tipificados en el art. 173.2, figura en relación con la cual no resulta aplicable la agravante de parentesco por ser inherente a ella cuando se trata de relaciones de pareja. A la luz del criterio de la frecuencia con la que se produce este comportamiento típico en el contexto de las relaciones de pareja o ex pareja, parece inexplicable que la Ley Integral no haya incidido sobre él (Prieto, 2008; Acale, 2009; Olaizola, 2010).

La propia exposición de motivos revela que con las disposiciones introducidas el legislador, consciente de la enorme complejidad del problema y de las graves limitaciones del derecho penal para coadyuvar a su solución, más que esperar un incremento de la eficacia preventiva, persigue fines retributivos y confía en la función simbólica del Derecho Penal: “Para la ciudadanía, para los colectivos de

20 El mismo autor señala que en estudios anglosajones la proporción es de 1 hombre por cada 4 mujeres. El riesgo de muerte aumenta cuando la víctima decide separarse de su agresor. Vid. Cerezo, 2000.

21 Así, por ejemplo la STS 1750/2003.

22 Vid. al respecto Prieto, 2007.

mujeres y específicamente para aquéllas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos”.

4. La tutela penal reforzada de la mujer o “agravantes de género”: fundamento y constitucionalidad

Como se ha indicado con anterioridad, la Ley Integral introdujo agravaciones específicas en los delitos de lesiones (art. 148.4^o) y maltrato ocasional (art. 153.1) aplicables a los supuestos en los que la víctima “fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

La constitucionalidad de las agravaciones basadas en el género de la víctima fue ya seriamente cuestionada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe de 24 de junio de 2004 relativo al Anteproyecto de Ley Integral²³. En él se afirma que el texto legal vulnera el art. 14 de la Constitución española, dado que incurre en una discriminación por razón de sexo en contra del varón. A éste, por el mero hecho de serlo – se argumenta– no se le otorga la tutela penal reforzada que se le proporciona a la mujer y, además, se le agrava la pena si la víctima de la violencia que ejerce es mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación de pareja. Asimismo –prosigue la argumentación– al varón se le niega el acceso a los juzgados de violencia creados para dispensar una tutela judicial especialmente eficaz²⁴. En definitiva: la mayor protección de la mujer –se aduce– se implementa a costa del varón y de su mayor restricción de libertad.

Particular atención merece a este respecto la inclusión de la referencia a “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”²⁵, que acompaña en todos los preceptos del Código Penal modificados a la mención de la “esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”, y que recibe la misma tutela reforzada que éstas últimas. Y es

23 El Informe al Anteproyecto de Ley Integral aprobado por el pleno del CGPJ (que cuestiona la constitucionalidad) y el voto particular del presidente y 6 vocales que defienden la constitucionalidad, documentos en los que se recoge toda la argumentación esgrimida en contra y a favor del Anteproyecto, pueden consultarse en la página web del CGPJ.

24 “No se entiende –dice el CGPJ en pág. 26 de su informe– qué es lo que gana la tutela judicial a favor de las mujeres por el hecho de excluirse a los varones de la competencia de los nuevos órganos judiciales”.

25 Se muestran críticos con esta inclusión MORILLAS, 2005; PRIETO.

que de la inclusión de dicha referencia, que no estaba prevista en el Proyecto de Ley, se ha dicho que es una fórmula transaccional consecuencia de la presión ejercida por organizaciones de protección de menores, (Tamarit, 2005; Asúa, 2004; Fiscalía General del Estado 2005) que reclamaban la necesidad de englobar la violencia ejercida directamente contra los hijos menores de edad²⁶. Sin embargo, de manera oficiosa, se reconoce por quienes participaron de forma directa en la tramitación parlamentaria de la Ley que se trata de una concesión tendente a preservar a la Ley Integral de una eventual tacha de inconstitucionalidad por vulneración del principio constitucional de igualdad (Maqueda, 2006b; Arroyo, 2008)²⁷, ese supuesto “efecto compensatorio” –permítaseme expresarlo así– que debiera ejercer la inclusión de las personas especialmente vulnerables en el ámbito de la tutela reforzada de la mujer parece brillar por su ausencia, pues no ha servido demasiado para acallar las voces de quienes cuestionan la adecuación de las disposiciones penales de la LI a los valores y principios constitucionales antes referidos²⁸.

La discusión entre los miembros del CGPJ que defendían la conformidad constitucional del Anteproyecto y los que la negaban pivotó sobre los conceptos de “acción positiva” y “discriminación positiva”, legítimos mecanismos de implementación del mandato contenido en el art. 9.2 de la Constitución²⁹, con arreglo al cual, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. “En el Anteproyecto –reza el Informe del CGPJ³⁰– la llamada acción positiva no es ni siquiera un caso de discriminación positiva, sino

26 Respecto de la cual se argumenta que con frecuencia es utilizada por el agresor como instrumento de ataque mediato a la madre.

27 Vid. la contundente –y acertada a mi juicio– crítica de Maqueda respecto de la inclusión de la persona especialmente vulnerable que convive con el agresor. De otra opinión es ARROYO ZAPATERO, 2008, para el que la inclusión como sujetos pasivos de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor “resultó un punto de encuentro para hacer posible el consenso que terminó llevando a la unanimidad parlamentaria en la votación final, lo que sin ser bueno para la coherencia intelectual y política de todos resulta buenísimo para la causa de la lucha contra la violencia de género”.

28 La constitucionalidad de las agravaciones basadas en el género de la víctima fue ya seriamente cuestionada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe de 24 de junio de 2004 relativo al Anteproyecto de Ley Integral. El Informe al Anteproyecto de Ley Integral aprobado por el pleno del CGPJ (que cuestiona la constitucionalidad) y el voto particular del presidente y 6 vocales que defienden la constitucionalidad, documentos en los que se recoge toda la argumentación esgrimida en contra y a favor del Anteproyecto, pueden consultarse en la página web del CGPJ.

29 Vid. SSTC 109/1993, de 25 de marzo, y 229/1992, de 14 de diciembre. También la jurisprudencia europea avala las medidas de discriminación positiva. Vid. in extenso Laurenzo, 2005.

30 Pp. 26 y 27.

más bien una discriminación negativa. Consiste en endurecer el régimen punitivo de determinados comportamientos que, siendo objetivamente los mismos, se sancionan más gravemente por razón de el sujeto activo varón –esto es, por razones relativas al autor– (...). Sobre la base de la supuesta vulneración del mandato de no discriminación por razón de sexo y la contemplación de las agravantes de género, no desde la óptica de la mujer como víctima, sino del hombre como autor, se estiman conculcados dos principios penales básicos con trascendencia constitucional: el principio de culpabilidad y el de responsabilidad por el hecho. “Si la agravación obedece a que estadísticamente es la mujer el sujeto pasivo de comportamientos de esta clase y que normalmente proceden del varón, –explica el Informe³¹ – entonces se agravaría la responsabilidad en el caso concreto por hechos ajenos, con vulneración del principio de culpabilidad, toda vez que el concreto varón enjuiciado vería agravada su responsabilidad por los hechos de otros conforme a la doctrina de acumulación de comportamientos”. Del mismo modo, puesto que la agravación de género “parte de la presunción de superioridad del hombre sobre la mujer” y “no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedecen a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer”, se vulnera el principio de responsabilidad por el hecho³².

Estos mismos reproches –aunque no siempre con la misma acritud que el CGPJ, que llega a considerar entroncadas las previsiones agravatorias del Anteproyecto de Ley Integral (coincidentes con las de la LO 1/2004) con el Derecho Penal del nazismo³³ – son dirigidos hacia la Ley Integral por un sector de la doctrina³⁴. Por lo que respecta al ámbito de la judicatura, la opinión tempranamente manifestada por su órgano de gobierno ha encontrado eco entre sus miembros, del que son buena muestra las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional³⁵. Así, el avance del balance sobre la aplicación de la Ley Integral publicado el 15 de diciembre de 2006 señalaba que el Tribunal Constitucional español había admitido a trámite 40 cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por 15 juzgados en relación con los artículos 153.1 y 171 apartados 4 y 6 del Código Penal.

31 Pp. 42 y 43.

32 P. 44.

33 Pp. 44 y 45.

34 Es el caso de BOLEA, 2007; TAMARIT, 2005 o BOLDOVA/RUEDA, 2004.

35 VID, LAURENZO, 2006; MAQUEDA, 2006b

Los argumentos relativos a la inconstitucionalidad de las agravaciones introducidas por la LO 1/2004 han sido rebatidos por la doctrina, por el Consejo de Estado y por el propio Tribunal Constitucional.

Ante todo, como muy bien ha explicado Lorenzo (LAURENZO, 2005), la tutela penal reforzada de la mujer no debe reconducirse al concepto de acción positiva³⁶ – “cuyo ámbito natural es el de aquellos sectores del ordenamiento jurídico destinados a regular la distribución de bienes escasos”– que implica el fomento de un colectivo discriminado en detrimento de otro que no lo está. Por el contrario, el sentido y la justificación de las agravaciones “se encuentra en otro tipo de consideraciones relacionadas con los fines y contenido del Derecho penal y no con la pretendida concesión de ventajas a la mujer a costa del varón”. La LI no protege especialmente a la mujer restándole protección al varón, sino que, partiendo del reconocimiento de que la mujer –a diferencia del varón– por su condición de tal y como consecuencia de un reparto de roles sociales desigual, “se encuentra particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina” refuerza su tutela. En consecuencia, no estamos ante agravaciones automáticas basadas en el sexo del autor, sino ante agravaciones que cuentan con un fundamento material vinculado al sexo de la víctima. Su aplicación, por lo tanto, no vulnera los principios penales básicos antes referidos, de la misma manera que tampoco son lesionados con la aplicación de otras agravantes previstas en el CP en atención a la mayor necesidad de tutela de un colectivo (v. gr., los menores) frente a determinados comportamientos delictivos de los cuales sus integrantes presentan un riesgo mayor de convertirse en víctimas. La pertenencia al sexo femenino es contemplada por el legislador (desde una óptica preventiva) como un factor específico que aumenta el riesgo de ser objeto de estrategias violentas de control en el ámbito de las relaciones de pareja (LAURENZO, 2005 y 2006).

Aunque manteniendo una opinión diferente a la que se acaba de examinar, el Consejo de Estado en su Informe al Anteproyecto de Ley Integral también estimó que las agravaciones de género poseen un fundamento material, consistente en un mayor contenido de injusto. Este plus de antijuridicidad lo determina –argumenta el Informe– el hecho de que las conductas cuya pena se incrementa son expresión de determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer, que son incompatibles con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo³⁷.

36 Se afirma, en cambio, que la LI ha introducido con el art. 148.4º un “criterio de acción discriminatoria positiva” la sentencia de la AP de Barcelona (Sección 10), de 9 de octubre de 2006.

37 Comparte esta opinión la Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/ 2005.

De especial relevancia resulta una de las cuestiones de inconstitucionalidad, promovida mediante Auto de 29 de julio de 2005 por la titular del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia³⁸, y resuelta por el TC en su STC 59/ 2008 de 14 de mayo³⁹, que declaró la constitucionalidad del precepto. El TC adopta como punto de partida el doble contenido del art. 14 CE (principio general de igualdad y prohibición de discriminación) y precisa que el Auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general (contenida en el principio general de igualdad). Dicho principio –recuerda el TC haciendo suyas las palabras de la STC 222/1992, de 11 de diciembre (F.J. 6º)⁴⁰– impone al legislador, “una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas”.

En relación con la legitimidad del fin, frente a la tesis defendida en el Auto de cuestionamiento, argumenta el Tribunal Constitucional (FJ 7º) que el sexo de los sujetos activo y pasivo no constituye un factor determinante de la diferenciación normativa establecida, sino que ésta “la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien

38 El Auto precisa que la duda de constitucionalidad se suscita, tan sólo, en cuanto al primer inciso del párrafo 1 del art. 153, en cuanto hace referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión que constituye uno de los términos de la alternativa y de la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, con los efectos reflejos correspondiente descritos en cuanto a la agravación del párrafo 3, a la atenuación del último párrafo y al régimen de alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad. No se cuestiona, por el contrario, la constitucionalidad de la agravación referida a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Como resume el FJ 1º de la STC, El Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia cuestiona la constitucionalidad del art. 153.1 CP, por entender que infringe los arts. 10, 14 y 24.2 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en el art. 153.1 CP y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado (conyugal o análoga, sea en ambos casos presente o pretérita).

39 Puede encontrarse un excelente análisis de esta sentencia en LARRAURI, 2009.

40 F.J.5º.

de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada". La presencia de una finalidad discernible y legítima en las agravaciones punitivas contenidas en la LI resulta incuestionable para el Alto Tribunal (FJ 8): "proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales" [...] La igualdad sustancial es «elemento definidor de la noción de ciudadanía» (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5)" y "no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad".

Por lo que respecta a la adecuación de la diferenciación normativa entre los arts. 153.1 y 153.2 CP a la mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional, como consecuencia del mayor desvalor y la mayor gravedad de la violencia ejercida contra ella, estima el TC (FJ 9º) que la restricción del círculo de los sujetos activos viene determinada por el sujeto pasivo. Existe una mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas, necesidad que muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia con la que se producen. "Las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»". En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, correlativamente, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.

No resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad,

con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.

De ahí que el Tribunal Constitucional concluya que no estamos ante una discriminación por razón de sexo: “No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

En cuanto a la posible atribución de consecuencias desproporcionadas, el TC parte de que la diferencia entre el art. 153.1 CP y el 153.2 CP se reduce a tres meses de prisión en el límite inferior de la pena, de manera que el marco penal establecido en el primer apartado es de seis meses a un año y en el segundo de tres a un año. Sobre esta base subraya, en primer lugar, que la referida privación de libertad está prevista con carácter alternativo a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya duración es igual en ambos tipos. En segundo lugar, incide el Alto tribunal en que el art. 153.4 CP incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena del art. 153.1 —y también la del art. 153.2 CP— pueda rebajarse en un grado «en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho».

En el FJ. 11 el TC niega que el precepto cuestionado implique una vulneración del principio de culpabilidad penal y pueda considerarse una manifestación de un Derecho Penal de autor que sanciona al agresor por las acciones que puedan cometer otros varones: “Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP

el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción.”

Con todo, un sector de la doctrina ha reprochado que esta sentencia «interpretativa» del Tribunal Constitucional, a diferencia de otras a las que también cabe aplicar tal calificativo, no haya declarado inconstitucional la interpretación que rechaza y se haya limitado a señalar que es posible una interpretación distinta de la realizada por la magistrada recurrente acorde con la Constitución (Acale, 2009).

5. El delito de maltrato ocasional del art. 153.1 CP y su aplicación judicial

En relación con los malos tratos ocasionales el efecto agravatorio derivado de las previsiones de la Ley Integral es bastante modesto, pues consiste en una elevación del límite mínimo de la pena de prisión imponible, que se fija en los 6 meses (antes era de 3 meses), así como del límite máximo (de 3 años pasa a 5 años) de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Téngase en cuenta, además, que en los supuestos en los que se aprecie la atenuación que ha introducido la Ley Integral, el incremento de pena aludido quedará anulado.

La aplicación de la tutela reforzada de la mujer en estos preceptos se enfrenta a un gran enemigo: la negativa a aceptar la violencia de género como categoría autónoma, con origen y rasgos propios y diferenciales que meritan y reclaman un abordaje también propio y diferencial. Es la no aceptación de que existe un problema estructural –más allá de las concretas situaciones individuales– de violencia machista, especialmente manifiesto en las relaciones de pareja, la que subyace en el rechazo y en las reticencias hacia el nuevo régimen de tutela reforzada. Es desde esta óptica desde la que se argumenta que “aunque la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91,1% de los casos), también están presentes los de violencia contra hombres (8,9% de los casos), ascendientes y contra menores”, de manera que “la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en

cuanto al sexo del sujeto dominante”⁴¹. Es también la negación de la violencia de género como categoría y problema estructural la que está en la base de los reproches de inconstitucionalidad que la doctrina penal hace a la tutela reforzada de la mujer en las relaciones de pareja, y la que impide admitir que la misma cuenta con un fundamento material.

Es ese rechazo, asimismo, el que late en la mayoría de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la judicatura (Laurenzo, 2006; Maqueda, 2006) y el que ha hecho posible que, paradójicamente, un sector minoritario de la judicatura haya encontrado en la Ley Integral, en lugar de un instrumento más contundente con el que castigar la violencia de género, una vía –antes inexistente– para volver a castigar como falta (art. 617 CP) los maltratos que no requieren asistencia facultativa infligidos por varones a sus parejas o ex parejas femeninas.

En algunas sentencias la aplicación de la falta del art. 617 se ha basado en la ausencia de un elemento subjetivo específico en el autor que se construye a partir de la definición de violencia de género del art. 1 de la Ley. Y ello, pese a que en el Proyecto de Ley Integral se eliminaron las referencias a la finalidad perseguida por el autor que contenía el Anteproyecto para evitar los problemas de prueba de un elemento subjetivo que –se interpretaba– derivaba del empleo de la violencia “como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, como rezaba la definición de violencia acogida en el texto del Anteproyecto⁴². Así, el Tribunal Supremo en su Sentencia 58/2008, de 25 de enero (RJ\2008\1563) tomando como base el referido art. 1 afirma: “Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género”⁴³.

Del mismo modo, aunque sin aludir a la necesidad de que concurra una determinada intencionalidad en el varón, la sentencia del TS 654/2009, de 8 de junio, estima que, conforme al art. 1 LI, para que resulte subsumible en el precepto una conducta es preciso que constituya “una manifestación clara de «superioridad machista», en cuanto denota una pretensión de dominio del hombre frente a la mujer”. Como consecuencia de ello, la violencia integrada en una agresión mutua

41 Así el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley Integral pág. 16.

42 Se reconoce expresamente que ese supuesto elemento subjetivo no forma parte de la estructura típica en la Sentencia de la Sección 2ª de la AP de Navarra núm. 40/2006, de 28 de marzo.

43 FJ 4º.

no es constitutiva de delito de maltrato ocasional, sino de una falta, dado que no se ha producido “en el contexto propio de las denominadas conductas «machistas». Con arreglo a esta exégesis del Alto tribunal, la situación de dominio exigible en los supuestos subsumibles en el art. 153.1 CP está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión, de manera que en dichos supuestos el sujeto activo pretende con su acción imponer una situación de sumisión. En idéntico sentido se ha expresado el Tribunal Supremo (Sección 1ª) en su sentencia 1177/2009, de 24 de noviembre (RJ 2010\124)⁴⁴ en un caso en el que en el curso de una trifulca matrimonial ella le propina a él un agarrón de pelos y éste responde con un cabezazo en la parte superior de la nariz⁴⁵.

En sentido fuertemente crítico se pronunció tempranamente en la doctrina española Lorenzo Copello, en cuya opinión, el fundamento que sirve de base a la agravación introducida por la Ley Integral se encuentra en la violencia contra la mujer “como fenómeno intergrupal, originado en la posición que ocupan las mujeres como colectivo en la sociedad y no —como parecen entender los primeros intérpretes judiciales de la L.I.— de un asunto puramente individual vinculado a la correlación de fuerzas entre un hombre y una mujer en una pareja concreta” (Lorenzo, 2006).

La misma línea a la que se refiere la crítica que se acaba de exponer ha encontrado reflejo posteriormente en las decisiones de la sección 20ª “de la AP de Barcelona (sentencia 1363\2009, de 15 de octubre), la sección 2ª de la AP de Albacete (p. ej.: sentencia 133\2009, de 2 de junio); la sección 3ª de la AP de Murcia (v.gr.: sentencias 121/2010 de 26 de mayo, 140/2010, de 11 de junio, 26 de marzo de 2010, 27 de marzo de 2010 y 13 de abril de 2010); y la sección 2ª de la AP de Castellón (v.gr.: sentencias 183/2009 de 18 de junio, 504/2010 de 9 de diciembre, 292/2010 de 15 de julio). Parece preciso aclarar que en estas líneas no se está defendiendo que toda agresión de un varón a la mujer que es o fue su pareja deba ser automáticamente subsumida en el art. 153.1⁴⁶.

44 Ponente: Ilmo. Sr. Ramos Gancedo.

45 Se muestra de acuerdo con la posición del Tribunal Supremo Ramón Ribas, 2013. No obstante, el crítica que el Tribunal Supremo “asuma que lo normal será entender que la conducta del hombre sea expresión de su voluntad de sojuzgar a su pareja o de mantener una situación de dominación sobre la mujer colocándola en una situación de inferioridad y subordinación, de forma que sólo *por vía de excepción* cabrá entender ausentes tales circunstancias”.

46 Por el contrario, creo merecedoras de una valoración positiva algunas resoluciones judiciales que, como la de de la AP de Sevilla 121/2005, de 18 de marzo de 2005, Roj: SAP SE 1033/2005 (ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Romeo Laguna). En ella se estima constitutiva de falta y no de delito una agresión que tuvo su causa en una discusión sobre la propiedad de unos ventiladores reclamados por la mujer, “no en atención a la anterior relación de afectividad del acusado y denunciante”.

Lo que estimo rechazable, en primer lugar, es que en todas esas resoluciones judiciales objeto de crítica la determinación de la concurrencia o ausencia de un contexto de dominación machista se lleve a cabo valorando exclusivamente los elementos concurrentes en la agresión concreta, es decir, que no se tomen en consideración los presentes en la relación de pareja de víctima y victimario, tales como la posible dependencia económica o la existencia de cualquier otro factor –físico, psicológico...– generador de forma estable o permanente de una situación de subordinación entre ellos. Especialmente ilustrativa de la forma en que se realiza la inferencia de la situación de dominación que se estima exigida por la Ley Integral resultan las ya mencionadas STS 654/2009 de 8 de junio y la sentencia de la AP de Murcia de 26 de mayo de 2010. En la primera, el Tribunal Supremo analiza de forma aislada un episodio de violencia en el que ambos miembros de la pareja se agredieron mutuamente y otro posterior en el que, en el curso de una discusión, el varón realiza dos intentos consecutivos de homicidio sobre su pareja⁴⁷, considerando respecto al primero que “en el relato fáctico de la sentencia, nada se dice sobre las características físicas y temperamentales del hombre y la mujer que protagonizaron el hecho”, que no constan ni “el motivo de la discusión” ni que la conducta “se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas “machistas”. Con arreglo al relato de hechos probados de la segunda de las referidas decisiones judiciales, el 5 de agosto de 2006, el marido, tras una discusión en el domicilio común, guiado por el ánimo de menoscabar la integridad física de su esposa, la agarra por el cuello y la empuja contra el frigorífico, inmovilizándola y forzándola a ingerir insecticida; y, cuando cae al suelo, le propina una patada, produciéndole lesiones, fundamentalmente por intoxicación por piretrinas, que

Acertadamente, argumenta el ponente que “castigar esta acción por el tipo del artículo 153 CP parece desproporcionado y contrario a la finalidad perseguida por el tipo de dicho artículo, ya que esta acción pudo estar protagonizada igualmente, si se atiende al motivo que la desencadenó, por socios de una sociedad en liquidación que discuten sobre el reparto de los bienes societarios, o por cualquier persona de un colectivo que arremete contra otra a causa de la disolución del mismo y el reparto de los bienes puestos en común para facilitar su funcionamiento”.

- 47 Son hechos probados que mientras ella (Adoración) permanece sentada en el sofá, él (Florián) “acudió a la cocina, cogió un cuchillo, regresó a la sala y con el cuchillo en la mano agarró a Adoración. La levantó y mientras le decía que la iba a matar, con ese ánimo dirigió el cuchillo hacia su cuerpo, a la altura del cuello, sin poder clavárselo debido a los movimientos de la mujer, interviniendo finalmente otros inquilinos de la casa para arrebatarle el cuchillo que Florián finalmente clavó en un marco; a continuación Adoración fue a la habitación siendo seguida por Florián, quien dentro de la habitación le dijo que la iba a matar, la golpeó y con la intención de acabar con su vida la agarró del cuello con sus manos y apretó para asfixiarla, cesando en su actitud cuando entró en la habitación uno de los inquilinos”.

requirieron tratamiento médico. Un año más tarde, tras una discusión en la calle, con el mismo ánimo antes mencionado, la empuja contra un coche produciéndole lesiones consistentes en erosión, contusión en el hombro izquierdo y ansiedad, que requirieron para su sanidad de una primera asistencia facultativa. El tribunal de instancia condenó al agresor como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones del art. 148.4 CP y de un delito de malos tratos del art. 153.1 CP. Sin embargo, la Audiencia Provincial considera que sólo en la primera agresión concurría el factor de dominación del varón sobre la mujer que a su juicio exige el art. 1 de la Ley integral, pues en relación con la segunda “no se precisan las razones a las que respondió la agresión del varón a la mujer (sin poder obviar, como se ha dicho, aunque no se refleje en el relato de hechos, que también existió un resultado lesivo en el varón , que no ha motivado actuación penal alguna)”, por lo que aquélla debe ser castigada como falta de lesiones del art. 617.1 CP y no como delito del art. 153.1. Como puede comprobarse, el tribunal determina si la agresión tiene o no lugar en un “contexto de dominación machista” analizando tan sólo dicha agresión, prescindiendo incluso de una grave lesión previa en la que el propio órgano judicial constata la existencia de dicho contexto, que se concibe y exige como escenario coyuntural y no como un marco estructural en el que la violencia sobre la mujer encuentra su medio natural de expresión. Que en el caso concreto la mujer trate de defenderse de un golpe propinado por su pareja masculina no significa, en definitiva, que aquél no se haya producido en el seno de una relación asimétrica en la que la subordinación de la mujer se propicia o se manifiesta mediante el ejercicio de actos violentos. Así lo ha reconocido la sección 4ª de la AP de Sevilla en sentencia núm. 613/2010 de 29 de noviembre (JUR\2011\70223)⁴⁸, en la que se afirma que la aplicación del art. 153.1 es compatible con agresiones mutuas.

En segundo lugar, debe rechazarse que los referidos órganos judiciales utilicen precisamente el art. 1.1 de la Ley integral para rebajar a falta las agresiones del varón sobre la mujer pareja o ex pareja. Sin duda, flaco favor hace a la dispensa de una tutela reforzada a la mujer en relación con los malos tratos ocasionales la inserción de la misma sobre una base tan nefasta como es la establecida por la reforma operada por la Ley 11/2003, que trajo consigo la ya aludida conversión automática de faltas en delitos; pues el castigo como delito de comportamientos de escasa entidad es contrario al principio de proporcionalidad. Ahora bien, el camino adecuado para remediarlo no es éste, que –a mi parecer– constituye una vía hacia la discriminación por razón de sexo en contra de la mujer, porque en relación con los

demás sujetos protegidos por el art. 153, unas bofetadas, automáticamente, aunque consten agresiones mutuas, se castigan como delito y no como falta⁴⁹.

Por si ello fuera poco, el análisis de las decisiones de las Audiencias Provinciales revela la existencia de una corriente que hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007⁵⁰, estimó aplicable el art. 153.2 en supuestos en los que autor y víctima no convivían. Que en relación con los sujetos abarcados por el art. 153.2 haya existido ese afán por ampliar el radio de acción del precepto y por el automatismo en su aplicación, mientras que respecto a la mujer maltratada por su pareja masculina la tendencia haya sido la contraria, es ya algo, sin duda, “llamativo” y muy cuestionable desde una perspectiva puramente técnico-jurídica. Que se utilice nada más y nada menos que la Ley Integral como instrumento para ahondar en la discriminación de la mujer, resulta, en mi opinión, inaceptable, y podría ser constitutivo de una vulneración del principio de igualdad.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2014 ha rechazado frontalmente la exigencia de que concurra un elemento subjetivo de lo injusto, y afirma que el componente machista “no es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico”, de manera que el desvalor adicional al que se refiere el Tribunal Constitucional implica “evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia “objetivable”, dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo”. Esto sentado, para subsumir en el art. 153.1 la agresión de un varón a su pareja o ex pareja femenina “no hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente

49 Así, SAP de Barcelona (sec. 20ª) 26/2010 de 8 de enero (JUR\2010\150265).

50 Vid. STS 201/2007, de 16 de marzo (RJ 2007\1545), cuyo ponente es el Ilmo. Sr. D. Perfecto Andrés. Sigue esta misma línea, exigiendo –correctamente– convivencia de sujeto activo y pasivo, por ejemplo, la SAP de Madrid (sec. 15ª) núm. 435\2007, de 23 de octubre (JUR 2008\57904).

justificada”. Nótese que el Alto Tribunal prescinde de las características de la relación hombre-mujer en la que la concreta conducta enjuiciada se produce: “La situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no pueda hablarse de desequilibrio físico o emocional”.

Conviene reseñar que en esta decisión del Tribunal Supremo se refuerza la tesis ya asentada en el Alto tribunal conforme a la cual el tipo del art. 153 goza de plena autonomía respecto del art. 173.2, puesto que a los argumentos basados en los distintos bienes jurídicos protegidos en uno y otro precepto, se añade que, a diferencia del delito de maltrato habitual, para que una conducta sea subsumible en el delito de maltrato ocasional no es preciso que ésta se inserte en un contexto de dominación intersubjetivo del varón agresor sobre la mujer, sino que dicho contexto es de carácter sociológico.

Debe dejarse constancia, asimismo, de que esta sentencia del Tribunal Supremo ha incidido de forma inmediata incluso en las decisiones de Audiencias Provinciales como la de Murcia, tradicionalmente defensoras de la exégesis minoritaria antes referida⁵¹.

6. Algunas conclusiones y perspectivas de futuro

1. Con la reforma operada en 2003, el legislador español quiso dotar de mayor eficacia a la represión de la violencia intrafamiliar o doméstica elevando a la categoría de delito las agresiones leves constitutivas de faltas de maltrato. El controvertido cambio de ubicación sistemática del delito de maltrato habitual ha hecho posible en el plano teórico una mayor aplicación jurisprudencial de esta figura, dado que el reconocimiento en él de un bien jurídico protegido distinto del tutelado en el delito de maltrato ocasional salva las objeciones a las condenas por maltrato habitual basadas en la vulneración del principio *non bis in ídem*. Sin embargo, en la práctica, terreno en el que se concentran las mayores dificultades que obstaculizan su apreciación, la creación del delito de violencia ocasional en 2003 y la posterior agravación de género introducida en el art. 153.1 CP por la Ley Integral (LO 1/2004) han tenido un pernicioso efecto de fomento de una praxis de la Fiscalía y la judicatura tendente a eludir el largo y tortuoso camino –no exento, además, de persistentes y muy

51 Así, Sentencias de la AP de Murcia (sec.3ª) 52/2015, de 3 de febrero (ponente: Ilmo. Sr. D. Juan del olmo Gálvez) y 70/2015, de 11 de febrero de 2015 (ponente: Ilmo. Sr. D. Álvaro Castaño Penalva).

relevantes dudas hermenéuticas sobre el propio concepto legal de habitualidad y su compatibilidad con los principios de “*non bis in idem*” y “*cosa juzgada*” – que lleva hasta el castigo por violencia habitual; al haberles proporcionado un atajo menos difícil y abrupto, al tiempo que les permite dotar de más seguridad a las víctimas, que el que de las faltas de lesiones. Hace una década Lorenzo Copello (LAURENZO, 2004: 840) vaticinaba: “si las dificultades derivadas de la tramitación de los hechos como falta no convencieron a los operadores del Derecho sobre la necesidad de indagar a fondo en la auténtica magnitud de la violencia escondida detrás de una primera denuncia, ¿qué cabe esperar ahora que la ley les facilita la aplicación de penas de prisión y medidas cautelares contundentes –incluida la prisión provisional– ante un episodio único de maltrato ocasional? No es difícil pronosticar que este cambio legislativo condena a una función casi residual al delito de violencia habitual del art. 173.2, que cederá todavía más terreno a la antigua falta de malos tratos hoy convertida en delito”. Diez años más tarde, la realidad confirma el acierto de un pronóstico que se hace realidad en las cifras relativas a la aplicación del referido precepto, “precisamente la figura delictiva que con mayor claridad y consistencia capta las situaciones de riesgo severo para la vida e integridad de las víctimas de violencia doméstica” (LAURENZO, 2008: 2101)⁵².

2. La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género no incorporó la perspectiva de género en el delito de violencia física o psíquica habitual del art. 173.2 CP, y tampoco lo ha hecho la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, –en vigor desde 1 de julio de 2015– pese a haber introducido previsiones que son claros exponentes dicha perspectiva⁵³. El

52 Así, con arreglo a los datos que recoge la Memoria de la Fiscalía 2013 sobre violencia de género, cuyos datos se refieren a 2012, el delito por el que mayoritariamente se condenó fue el de maltrato ocasional del artículo 153 CP (15.073 condenas), lo que supuso en relación al total el 51%; seguido del de amenazas leves del artículo 171.4 CP (4.583, es decir, el 15 %); lesiones menos graves y graves de los artículos 147 y siguientes (2.657, es decir, 9%), quebrantamiento de medida (2.340, lo que representa un 8%) y quebrantamiento de condena del artículo 468 CP (1.680, es decir, el 6%) y por maltrato habitual del artículo 173.2 CP fueron 1.672 (6%). Similares datos, referidos a 2013, ofrece la Memoria de la Fiscalía 2014: el delito por el que mayoritariamente se condenó fue el de maltrato ocasional del art. 153 del C.P. (13.448; 54.17%) seguido del de amenazas leves del art. 171.4 C.P. (3765; el 15.15%); lesiones menos graves y graves de los arts. 147 y ss. (1790; 7.20%), quebrantamiento de medida cautelar (1671; 6.72%); de maltrato habitual del art. 173.2 del C.P. (1.620; el 6.51%); de quebrantamiento de condena (1.134; 4.56%) y de coacciones del art. 172.2 (813; 3,27%).

53 Como la incorporación del género como motivo de discriminación en la circunstancia agravante 4ª del artículo 22 del Código Penal. Vid. sobre las modificaciones relacionadas con la violencia de género llevadas a cabo por la LO 1/2015 Magro Servet (2015).

maltrato habitual ejercido por el varón sobre la mujer pareja o ex pareja sigue siendo considerado por el legislador español –incomprensible e invariablemente desde 1989– como una manifestación más de la violencia intrafamiliar o doméstica. Por lo demás, las modificaciones realizadas en el tipo legal son de carácter meramente formal, mientras que las consecuencias punitivas de su comisión, en cambio, han sido ampliadas mediante la adición de un párrafo que contempla la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada, posibilidad que se recoge también en relación con todos los delitos de lesiones siempre que la víctima sea alguno de los sujetos a los que se refiere el art. 173.2.

3. Como se ha expuesto en apartados precedentes de este trabajo, la incriminación como delito de conductas de escasa entidad –decisión de muy cuestionada adecuación al principio de proporcionalidad–, el rechazo de la violencia de género como categoría con entidad propia y diferenciada de la violencia doméstica, así como el cuestionamiento de la constitucionalidad de la tutela reforzada que dispensa el CP a las mujeres víctima de violencia de género por obra de la Ley Integral –solo formal o teóricamente “paliado” por los pronunciamientos reiterados del tribunal Constitucional– han generado en algunos sectores minoritarios de la judicatura estrategias para la elusión del delito y la subsunción en las faltas de lesiones (art. 617.1) y de maltrato de obra (art.617.2), paradójicamente amparadas en el art. 1.1. de la Ley Integral. Dada la muy reciente supresión del Código Penal de las faltas, y la transformación en delito leve de la falta de lesiones y de maltrato de obra, serán dichos delitos leves, tipificados, respectivamente, en los artículos 147.2 y 147.3 las figuras hacia las que podrán reconducirse las referidas estrategias⁵⁴. No obstante, las más recientes decisiones del Tribunal Supremo han acogido un criterio interpretativo del art. 153.¹⁵⁵ opuesto al del referido sector minoritario que restringe drásticamente las posibilidades de eludir su aplicación mediante la negación de la calificación de violencia de género a los actos enjuiciados.

54 Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer mantienen la competencia para el conocimiento y fallo de estos delitos leves (letra d) del número 5 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nótese que las penas previstas para la falta de lesiones en el art. 617 eran las de localización permanente de 6 a 12 días o multa de uno a dos meses, y el nuevo delito leve de lesiones del art. 147.2 castiga con la pena de multa de uno a tres meses. Por su parte, la falta de maltrato de obra del art. 617.2 estaba castigada con la pena de localización permanente de 2 a 6 días o multa de 10 a 30 días, y desde el 1 de julio, como delito leve, con pena de multa de uno a dos meses.

55 Modificado por la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde 1 de julio de 2015, tan solo a efectos de adaptar las remisiones que recoge su texto a los preceptos reformados como consecuencia de la desaparición de las faltas.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, (2000), El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2009), "Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, *REDUR* 7, diciembre 2009, pp. 37-73.
- ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, (2005), «¿Hacia el reconocimiento legislativo de un bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de género», en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo /Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, Madrid, Dykinson, pp. 1-10.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS, (2005), "El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP", en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo / Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, Madrid, Dykinson, pp. 11-33.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS, (2008), "Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género", en Muñoz Conde, Francisco (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 709-736.
- ASÚA BATARRITA, ADELA, (2004), "Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre», en *Cuadernos penales José María Lidón nº 1*, 2004, Bilbao, Universidad de Deusto, pp. 201-233.
- BARQUÍN SANZ, JESÚS (2001), *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona, Bosch.
- Benítez Jiménez, María José (2004), *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, Edisofer.
- BOLDOVA, MIGUEL ÁNGEL/RUEDA, MARÍA ÁNGELES, (2004), "La discriminación positiva de la mujer en el ámbito doméstico", en *Diario La Ley* núm. 6146, 14 de diciembre de 2004.
- BOLEA BARDÓN, CAROLINA, (2007), "En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 09-02.
- CALVO GARCÍA, MANUEL: "Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección

Integral contra la Violencia de Género”, en *Cuadernos penales José María Lidón*, 2, 2005, pp. 17-54.

CASTELLÓ NICÁS, NURIA, (2005), “Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica de artículo 173.2”, en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo /Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, Madrid, Dykinson, pp. 211-228.

CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, (2000), *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Valencia, Tirant lo Blanch.

COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, MONTSERRAT/QUERALT I JIMÉNEZ, JOAN J., (2005), “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, pp. 1185-1228.

- Consejo General del Poder Judicial, (2001), “Informe sobre la violencia doméstica”, en *Actualidad Penal* nº 16, 16-22 de abril.

- (2004a): Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer (21 de junio) ¿Este informe está publicado? ¿Existe algún enlace web que permita la consulta del documento?

Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer> (última consulta realizada el 13 de mayo de 2016).

- (2004b): voto particular al acuerdo de la Comisión de Estudios e Informes de fecha 21 de junio de 2004. ¿Este informe está publicado? ¿Existe algún enlace web que permita la consulta del documento?

Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer> (última consulta realizada el 13 de mayo de 2016).

CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN/CARDENAL MURILLO, ALFONSO, (2005), “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo /Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, Madrid, Dykinson, pp. 251-271.

- De Vicente Martínez, Rosario, (2004), *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. El artículo 173.2 y 3 del Código penal: algunas cuestiones*, en Pérez Álvarez, Fernando (Ed.), 2004, Salamanca, pp. 711-733.
- DURÁN FEBRER, MARÍA, (2004), "Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Artículo 14. Una perspectiva de género* nº 17
- FARALDO CABANA, PATRICIA, (2006), "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Revista Penal* nº 17.
- Fiscalía General del Estado, (2005), Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/circulares_consultas_instrucciones/ (última consulta realizada el 13 de mayo de 2016).
- GIL RUIZ, JUANA MARÍA, (2004), "Análisis teórico, legislativo y jurisprudencial de la violencia de género en el nuevo marco penal", en Rubio, Ana (coordinadora): *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores Jurídicos*, 2004, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, (2004), Prólogo a la 10ª edición del Código Penal, Madrid, Tecnos
- GÓMEZ NAVAJAS, JUSTA, (2004), "¿Existe una protección penal adecuada frente a los malos tratos? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal", en Rubio, Ana (coordinadora), 2004, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores Jurídicos*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer.
- GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, (2005), «Reconsideración crítica del concepto de "habitualidad" en el delito de violencia doméstica», en *Estudios penales y criminológicos* XXV, pp. 69-116.
- GRACIA MARTÍN, LUIS (1996), "El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995", en *Actualidad Penal* nº 31, pp. 577-596.
- (1997), "Artículo 153", en Díez Ripollés, José Luis/ Gracia Martín, Luis (Coordinadores), 1997, *Comentarios al Código Penal Parte Especial I*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 413-489.
- LARRAURI PIJOAN, ELENA, (2005), "¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?", en *Cuadernos penales José María Lidón* nº 2, 2005, Bilbao, Universidad de Deusto.

- (2009), "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008", en *InDret* 1/2009, Barcelona, pp. 1-17.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA,

- (2003), "Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada", en *Artículo 14. Una perspectiva de género* nº 14, 2003
- (2005), "La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-08 (2005)
- (2006), Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la violencia de género, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2006*, pp. 335-367.
- (2008), "Violencia de género y derecho Penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo", en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, pp. 2093-2122.

MAGRO SERVET, VICENTE, (2015), "Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género", en *Diario La Ley*, Nº 8539, Sección Tribuna, 14 de Mayo de 2015, Ref. D-189, *La Ley 3277/2015*, Editorial La Ley,

MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA,

- (2001), "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma", en Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín (coords.), 2001, *El nuevo Derecho Pena Español. Estudios Penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, pp. 1515-1531.
- (2006a), "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº 8-02, 2006.
- (2006b), "La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004", en *Revista Penal*, nº 18, 2006, pp. 176-187.
- (2011), «1989-2009: Veinte años de "desencuentros" entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», en Hormazábal Malarée, H. (coord.), 2011, *Estudios de Derecho Penal En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, México D.F., Ubijus, pp. 613-629.

MORILLAS CUEVA, LORENZO, (2005), "Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres", en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo/Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, Madrid, Dykinson, pp. 645-656.

- MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, (2004), "Comentario al art. 173 del Código Penal", en Díez Ripollés, José Luis/Romeo Casabona, Carlos María (coordinadores), 2004, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- OLAIZOLA NOGALES, INÉS, (2010), "Violencia de género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 269-316
- OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, (2001), *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, Atelier.
- PRIETO DEL PINO, ANA MARÍA,
- (2005), "Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2004: La correcta inclusión de las relaciones de noviazgo sin convivencia en el ámbito típico de los delitos de violencia doméstica", en *Artículo 14: Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis Jurídico* nº 18, pp. 62-63
 - (2007), Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 (STS 216/2007), en Artículo 14 nº 24, en *Artículo 14: Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis Jurídico* nº 24, pp. 109-112.
 - (2008), "La incidencia de la Ley Intrgral en el Derecho Penal sustantivo español", en Aponte Sánchez, Élida y Femenías, María Luisa (compiladoras), 2008, *Articulaciones sobre a violencia contra las mujeres*, La Plata, buenos Aires, Edulp, pp. 205-237.
 - (2010), La paradójica discriminación de la mujer al amparo de las disposiciones penales de la ley Integral, en *Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Heim, Daniela/Bodelón González, Encarna, (coords.), Volumen II, Grupo Antígona, pp. 89-104.
- RAMÓN RIBAS, EDUARDO, (2013), *Los delitos de violencia de género según a jurisprudencia actual*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), pp. 401-464.
- SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, "La respuesta penal a la violencia intrafamiliar. Algunos problemas interpretativos, en Hormazábal Malarée, H. (coord.), 2011, *Estudios de Derecho Penal En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, México D.F., Ubijus, pp. 451-466.
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO,(2005), "La política criminal contra la violencia doméstica:¿alguien da más?", en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo /Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar

Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, 2005, Madrid, Dykinson, pp. 327-349.

STANGELAND, PER, (2004), Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15.

TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, (2005), Comentario al art. 153 CP, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.)/Morales Prats, Fermín,(coord): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª ed., Pamplona, Thomson-Aranzadi.