

MODIFICACIONES JURÍDICO-PENALES DE LA LO 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Es un dato la especial situación de vulnerabilidad de menores, mujeres y ancianos en aquellas situaciones de conflicto en los ámbitos de convivencia¹. Creo que puede aceptarse pacíficamente que «el nivel de moralidad de una sociedad se caracteriza por el trato que da a los débiles: las mujeres, los niños, los ancianos y los enfermos»². De igual manera podrá decirse que el grado de desarrollo y de equidad de un Sistema Jurídico tiene mucho que ver con la atención y protección dispensada a las víctimas y a aquellas personas en situación de especial fragilidad y debilidad. Por eso el Ordenamiento Jurídico debe prestar una especial tutela y orientar los medios necesario para corregir las situaciones de vulnerabilidad y discriminación, especialmente para aquellos casos de mayor injusticia y menor capacidad de defensa de la propia víctima.

Es por tanto una obligación de los Poderes Públicos hacer frente de la forma más eficiente posible a estos problemas que reclaman una actuación decidida y bien meditada de las autoridades. La configuración constitucional de España como un Estado de Derecho, fundamentado en los valores de libertad, justicia e igualdad (art. 1 CE) manifiesta esa obligación —por otra parte obligación elemental de los Estados de actuar en defensa de sus ciudadanos—, de los poderes del Estado de intervenir para evitar la lesión de derechos básicos de los ciudadanos. Por otra parte el art. 9 del texto Constitucional reafirma la implicación activa de los Poderes Públicos para hacer efectiva la libertad y la igualdad de los ciudadanos, remo-

1 Pueden verse al respecto los distintos informes sobre víctimas de violencia Doméstica realizados en el ámbito del Observatorio sobre la Violencia Doméstica dependiente del Consejo General del Poder Judicial en el volumen Congreso “Violencia Doméstica”, Consejo General del poder Judicial 2004, p. 37 y ss, 71 y ss.. También una valoración estadística en el trabajo de González San Millán/Ales Moreno/Piqueras Duran “Estudio sobre distintos aspectos relacionados con la violencia doméstica”. *Cuadernos de la Guardia Civil XXX* (2004), p. 85 y ss.

2 J. A. Marina Torres, “Violencia doméstica como problema social”. *Encuentros “Violencia Doméstica”*, Consejo General del Poder Judicial 2003, p. 632.

viendo los obstáculos que pudieran interponerse en su consecución. Incluso el preámbulo de la Constitución de 1978 proclama la voluntad de la Nación de garantizar la convivencia, asegurar el imperio de la ley y proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos en esta particular perspectiva. Desde el ángulo internacional igualmente se ha puesto de relieve la responsabilidad de los Estados ante la violencia contra las mujeres con base en el principio de «diligencia debida», fundamentado en las obligaciones internacionales suscritas³.

Sin embargo es patente también la dificultad para eliminar este tipo de comportamientos agresivos sobre los miembros de un grupo parental pues en muchas ocasiones las conductas responden a patrones culturales fuertemente anclados en la conciencia colectiva. Resulta fundamental por ello diseñar una política legislativa adecuada tomando conciencia de las dificultades que hasta ahora no han permitido establecer un cauce de solución que apunte certeramente a las causas del problema. En el marco de una genérica política legislativa también es necesario que se adopte una política criminal racional que coopere desde su esfera a la resolución de un problema cuyas dimensiones actuales no son aceptables. Lo que cada vez está más claro y debe expresar nítidamente la política criminal en este terreno es que las medidas penales no pueden constituir el elemento básico e inicial de afrontamiento del problema, así como que la estrategia basada en la expansión de los tipos penales y la elevación constante de la respuesta penal no ha dado resultado, como lo evidencia las estadísticas anuales de violencia doméstica y de género cuyas cifras aumentan o se mantienen. Sobre ello existe un consenso creciente⁴.

3 M. Naredo Molero, «La responsabilidad de los Estados frente a la violencia contra las mujeres cometida por particulares. Una asignatura pendiente en materia de Derechos Humanos». *Cuadernos Penales José María Lidón*. Universidad de Deusto 2004, p. 194 y ss.

4 Cfr. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Quintero Olivares, Director).. Thomson/Aranzadi, 2005, p 117-120. R. Campos Cristóbal, «Tratamiento penal de la violencia de género». *La nueva Ley contra la violencia de género* (Boix Reig/Martínez García coordinadores), Iustel 2005, p.272-74. Alonso Álamo reitera en numerosas ocasiones sus dudas sobre las «decisiones político legislativas no siempre suficientemente contrastadas» que se suceden en este terreno, y entre las que la Ley de Medidas de Protección Integral «da un paso más en las ya habituales y no siempre justificadas reformas del Código penal que pretenden hacer frente a la criminalidad «de género». En este sentido señala que la reforma introducida por esta Ley da un paso más hacia la desintegración y ampliación de esta materia al recoger ahora supuestos de amenazas y coacciones leves a personas (vulnerables) pertenecientes a un determinado círculo. Se intensifica el sentido transversal de la regulación, diseminándose en mayor medida por el articulado del Código penal supuestos punibles que atienden a la condición del sujeto pasivo y a su especial vinculación con el autor. «La llamada ley integral contribuye a desintegrar el tratamiento penal de esta materia». «¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho penal de género». *Estudios penales en homenaje al Prof. Manuel Cobo del Rosal*, Dykinson 2006, p. Huerta Tocildo muestra también el frustrado intento, ya antes de la reforma

La aprobación de la Ley de protección Integral contra la violencia de Género se traduce en uno de sus Títulos (Título IV Tutela Penal) en una modificación del Código Penal respecto a los hechos penalmente relevantes considerados por el legislador como hechos con contenido específico cuando se dirigen contra mujeres. También se ven afectadas las normas sobre aplicación de penas para estos supuestos. Finalmente, aunque en una previsión legal muy escueta, se establecen algunas directrices respecto al tratamiento penitenciario para los condenados por delitos relacionados con la Violencia de Género. A estos distintos aspectos nos vamos a referir no sin antes efectuar algunas consideraciones generales de importancia, producto del nuevo marco normativo referente a la violencia sobre la mujer.

comentada, de acabar con estos comportamiento mediante el Derecho penal. Señala como las innumerables reformas del Código –“todas ellas guiadas por la plausible intención de poner freno a la imparable escalada de este tipo de violencia”– no “ha conseguido, sin embargo, evitar hasta la fecha con la ayuda del instrumento penal la frecuencia alarmante de este tipo de sucesos que no para de acrecerse” (p. 541-2). De manera que la solución no pasa por “el creciente aumento de las penas establecidas por la conducta habitual de malos tratos, ni por la reconversión en delito de malos tratos de lo que antes era una simple falta, ni por la ampliación progresiva del ámbito de aplicación de dicho delito en detrimento de los principios de proporcionalidad, intervención mínima y *non bis in idem*” (p. 543). Véase “Los límites del derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Tirant lo blanch, Valencia 2004. Además será necesario tomar en consideración los sistemas de derecho comparado a la hora de abordar esta difícil materia. Sobre ello existe un excelente estudio de Virginia Mayordomo Rodrigo, *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*. Ed. Dilex S.L, Madrid 2005. En el ámbito del apartado dedicado a la “Valoración del ordenamiento español a la luz del derecho comparado” afirma la mencionada autora que “Ha de admitirse que la única forma posible de frenar este imparable ascenso de los malos tratos reside en la prevención, mediante la adopción de medidas sociales y educativas” (p. 146). También sobre el Derecho comparado puede verse el volumen *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*. Cuadernos de Derecho Judicial II/2005. Una imagen de conjunto europea y mundial la proporciona en el mencionado volumen Carlos Berbell, “La violencia doméstica en el mundo”, p. 241 y ss. En este trabajo se llama la atención sobre las escalofrantes cifras que desde una perspectiva mundial genera la violencia doméstica. A la vez se indican los problemas generados por la falta de cumplimiento de los Estados de una buena práctica en materia de estadísticas de violencia doméstica, con separación por sexo, como ya propugnara la IV Conferencia mundial sobre la mujer, organizada en Pekín. Otro aspecto de necesaria atención para una correcta comprensión de la materia y aplicación de la regulación es la determinación del bien jurídico tutelado en este ámbito. A este objetivo apunta Mercedes Alonso Álamo, “¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho penal de género”. *Estudios penales en homenaje al Prof. Manuel Cobo del Rosal*, Dykinson 2006, p. También sobre el tema del bien jurídico S. Huerta Tocil, “Los límites del derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 509 y ss.

I. VISIÓN GENERAL DE LA NUEVA REGULACIÓN PENAL

1. El conjunto de la ley está presidida por una determinada concepción de la violencia sobre la mujer, en cuanto «símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad» pues «se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo», al ser «consideradas por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión» (exposición de motivos). A este enfoque del problema es lo que la Ley denomina Violencia de Género y cuya definición del art. 1 fija esta misma concepción y con ello el ámbito de la regulación.

Esta construcción procede —como señalan Quintero/Tamarit/García Alberó⁵— de las orientaciones sociológicas y jurídicas feministas del ámbito anglosajón, que distinguen entre el sexo como característica biológica del género como característica cultural. En este contexto el Derecho se concibe como tecnología de género que reclama un uso alternativo del mismo asumiendo una posición militante en la superación de los valores androcéntricos.

En el terreno jurídico penal el legislador con la norma comentada se propone «Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de la violencia de género» (art. 2g, principios rectores). Las orientaciones antes señaladas se manifestarán en la definición de violencia de género del art. 1 de la Ley, que opera en todo su articulado, así como en la inclusión de las llamadas acciones positivas o medidas de discriminación positiva que llevan a una tutela penal más elevada para las mujeres. La importancia para la regulación penal de la definición de violencia de género que establece el art. 1 no debe ser desdeñada. El precepto (art1.1) señala que la misma se entiende «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»⁶. Además el precepto (art

5 *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, (Quintero Olivares, Director)..* Thomson/Aranzadi, 2005, p. 118. También M. T. Álvarez Vizcaya, «El tratamiento penal de la violencia de género: intereses jurídicos enfrentados». *Violencia y Derecho. Dimensiones jurídicas de la prevención de la violencia sobre las mujeres. Ponencias de la Universidad Carlos III de Madrid*, Madrid 2000, p. 23.

6 El Anteproyecto de Ley incluía inicialmente un elemento intencional en la definición de violencia de género, al referirse a la misma como «la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», que fue objeto de múltiples críticas y suprimido en el texto definitivo. Cfr. I. Molintalbán Huertas, «Ley

1.3) señala el tipo de hechos en que se puede concretar la violencia, que «comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad».

Esta fijación por el legislador de la noción de violencia puede verse como una presunción legal, conforme a la cual todos los hechos dirigidos por varón sobre mujer se entenderían como parte de la violencia de género⁷. Pero en realidad, esta opción parece descartable pues los hechos que puede desarrollar el hombre contra una mujer son muy variados y abundantes en el Código penal. Tal propuesta obligaría a extender la violencia de género a todo el articulado del Código penal en el que el sujeto activo fuera un hombre y la mujer la víctima y sucedieran algunos de los actos de «violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». Esta consecuencia se presenta como algo desmesurado. Extensión de la noción de violencia de género que, sin embargo, sí se produce a la hora de asignar las competencias a los nuevos Juzgados de violencia sobre la mujer en el orden penal. La Ley Orgánica 1/2004 (art. 44) establece que conocerán de los delitos relacionados con la violencia de género, entre los que incluye el homicidio, el aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación⁸. Eso sí, de acuerdo con la noción legal ya indicada de Violencia de Género, se requiere la previa o actual vinculación entre autor y la mujer víctima e incluso se extiende a los hechos cometidos sobre los descendientes de la mujer o con los que conviva el autor. Por ello resulta obligado confirmar las condiciones de la definición de violencia de géne-

Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 287 y ss. Esta autora señala exclusivamente las razones de tipo práctico para la supresión del elemento intencional –no de otra naturaleza– y entiende que la referencia final del art.1.1 a la violencia de género “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” tiene un sentido sociológico y en buena técnica legislativa hubiera debido incluirse en la Exposición de Motivos.

7 Planteando la disyuntiva entre la presunción o la comprobación caso por caso R. Fernández Carballo-Calero, “Perspectiva penal de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”. La Ley 6308, p. 2.

8 Indica Íñigo Corroza que la noción que se maneja en este ámbito procesal es mucho más amplia que la propia de la tutela penal y que se incluyen delitos que sin embargo no han

ro para poder aplicar la regulación de la Ley y no presumir simplemente tales condiciones.

Sin embargo, desde otro punto de vista, la definición producirá determinadas exclusiones que no parecen congruentes. Como el presupuesto necesario de esa manifestación básica de desigualdad es el varón como sujeto activo y la mujer como sujeto pasivo, la doctrina ha señalado la paradoja de excluir a las parejas homosexuales, precisamente ahora que gozan de un nuevo status jurídico⁹, o bien tratándose de actos machistas no precedentes del cónyuge, excónyuge o persona ligada afectivamente a la mujer, sino de otros sujetos vinculados a la mujer, como padres, cuñados, hermanos o hijos¹⁰. En estos casos estarían presentes todas las características propias de la relación de poder y subordinación entre hombre y mujer, pero no los sujetos exclusivamente incluidos en la Ley («sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia»). Mayor paradoja todavía podría llegar a darse si ciertos hechos punibles sólo fueran aplicables a las parejas homosexuales femeninas pero no en el caso de las parejas homosexuales masculinas¹¹. Téngase en cuenta además que el efecto de la acción positiva penal, tal y como está prevista en la ley, es doble, como indican Bolboda/Rueda¹², pues por una parte el efecto inmediato es la agravación de penal al autor (varón), pero también existe un efecto secundario privilegiante cuando la mujer es la agresora contra su pareja, determinando una pena inferior: «la ley, queriendo proteger a la mujer cuando es víctima, acaba premiándola también cuando es agresora».

sido mercedores de la nueva regulación. En *Comentario a la ley Orgánica de Protección integral contra la Violencia de Género*, (Muerza Esparza, coordinador). Thomson/Aranzadi 2005, p. 33-4.

9 Cfr. C. Morán Mora, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Quintero Olivares Director). Thomson/Aranzadi, 2005 p. 258. También Quintero/Tamarit/García Albero, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Quintero Olivares, Director). Thomson/Aranzadi, 2005, p. 119.

10 En este sentido P. Ortuño Muñoz, “Aproximación a la LO 1/2004, de 2 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”. *Revista Jurídica de Catalunya* 3/2005, p. 98.

11 Duda que plantean Boldoba/Rueda Martín, “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”. *La Ley* 6146/2004, de 14 de diciembre, p. 3. Sobre los supuestos de parejas homosexuales E. Íñigo Corroza, en *Comentario a la ley Orgánica de Protección integral contra la Violencia de Género*, (Muerza Esparza, coordinador). Thomson/Aranzadi 2005, p. 24. Magro Servet entiende que quedan excluidas todas las parejas homosexuales, salvo por la vía de las personas especialmente vulnerables. *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*. La Ley 2005, p. 516.

12 “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”. *La Ley* 6146/2004, de 14 de diciembre, p. 5.

2. En el contexto del debate generado por esta importante norma, la doctrina se plantea si estas llamadas acciones positivas resultan legítimas desde la perspectiva constitucional y desde el ángulo penal. Para justificar este tratamiento diferenciado de manera que la tutela penal sea mayor para el caso de la mujer, es decir, la inclusión de tipos penales específicos en los que únicamente la mujer puede ser sujeto pasivo y el varón de la pareja el autor, se ha utilizado el argumento estadístico combinado con la pervivencia de estereotipos patriarcales de dominación masculina sobre la mujer. La consulta de los datos estadísticos, con un 90% —aproximadamente— de víctimas femeninas, demostraría que el problema social real es el de la violencia sobre la mujer, siendo por tanto «la violencia criminal masculina la que produce un reguero de sangre y violencia de volumen insoportable»¹³. De esta forma se constataría una realidad social en la que se percibe a la mujer en una situación de desigualdad material frente al varón respecto al disfrute de bienes y derechos reconocidos legalmente. En consonancia con esta constatación el plus de protección a favor de la mujer al introducirse tipos penales específicos con este sujeto pasivo se basaría tanto en tales cifras como en el hecho de que las agresiones se producen en el ámbito de la relación de pareja. «Es la mujer en esta específica relación la que es objeto de especial protección»¹⁴. Por ello, con base en el art. 14 de la Constitución que proclama la igualdad —en coordinación con otros preceptos constitucionales, especialmente el art. 9— llevaría la introducción de estos tipos penales en los que el sujeto pasivo es la mujer, como una forma más de acción o discriminación positiva que tiende a evitar la situación de desigualdad¹⁵.

Sin embargo, desde una óptica distinta, aun reconociéndose que son los hombres los que habitualmente emplean la violencia física en los casos de crisis aguda de pareja se añade que «hay que admitir que en muchas ocasiones la mujer usa la violencia verbal, por lo que en términos de política criminal no resulta razonable ser más tolerantes con la actitud de éstas que con las de sus parejas»¹⁶. Para esta última autora algunas de las nuevas figuras pueden producir situaciones de injusticia objetiva, por lo que

13 M. Comas D'rgemir Cendra, "La Ley integral contra la violencia de género: una ley necesaria". *Revista Jurídica de Castilla y León* 4/2004, p. 48.

14 M. Comas D'rgemir Cendra, "La Ley integral contra la violencia de género: una ley necesaria". *Revista Jurídica de Castilla y León* 4/2004, p. 49.

15 Puede verse al respecto el Voto particular que formularon siete vocales al Informe al Anteproyecto de Ley Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer de 21 de junio de 2004.

16 M. Carmena Castrillo, "Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley Integral de Violencia de Género". *Jueces para la Democracia* 53/2005, p. 36.

resultarán contraproducentes para erradicar esta violencia y, sobretodo para proteger a las mujeres concretas que hayan sido víctimas. Tampoco se admite la legitimidad de esta construcción de los tipos penales, pues se entiende que constituirán en realidad una auténtica discriminación por razón de sexo, al incluir únicamente a la mujer como sujeto activo, ya que la inclusión del varón no supondría ningún perjuicio ni una desprotección para la mujer —como entiende y afirma Morán Mora¹⁷—. También Campos Cristóbal¹⁸ señala que la pretendida discriminación positiva hacia la mujer, «en realidad en lo que se convierte es en una discriminación negativa hacia el hombre», pues siendo las acciones cualitativamente idénticas se puede castigar con más pena al esposo (exesposo, etc.) que a la esposa (exesposa, etc.), por el mero hecho de pertenecer a uno u otro género. Incluso para esta autora la posibilidad de incluir en algunos casos al varón de la pareja entre las víctimas especialmente vulnerables no atenua esta discriminación pues aparte de ser contrario a la filosofía y espíritu global de la Ley debería probarse dicha vulnerabilidad lo que se presume en el supuesto de la mujer.

Por su parte Mayordomo Rodrigo¹⁹ tampoco se muestra favorable a la agravación de los supuestos de violencia doméstica o de género —tanto los del art. 153 como los del 173— en función del sexo de la víctima. Llama la atención la autora del hecho de que el legislador haya agravado la conducta del art. 153 con sujeto pasivo mujer pero no haya hecho lo mismo para el caso de las conductas del art. 173.2 (malos tratos habituales). En realidad, señala, no hay razones para agravar el hecho en ninguno de los dos casos pues se estaría convirtiendo el delito común en un delito especial por razón de la cualidad sexual del sujeto activo, con vul-

17 *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Quintero Olivares, Director). Thomson/Aranzadi, 2005, p. 258. Sobre lo inadecuado del empleo de la discriminación positiva en Derecho penal se ha pronunciado detalladamente el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de la Ley. Señala tal informe como la discriminación positiva posee siempre la finalidad de resolver problemas de igualdad de oportunidades como método de asignar de manera igualitaria bienes escasos, siendo el límite de la acción positiva la restauración del equilibrio, sin que pueda conducir finalmente a una desequilibrio inverso. Sin embargo, este tipo de medidas no son adecuadas en el ámbito penal pues la tutela judicial no es un bien escaso que no permita su reparto y atribución a cuantos lo precisen, por lo que no exige que se excluya de su ámbito a ningún grupo humano. Por otra parte, no se gana nada para la tutela de la mujer por el hecho de excluirse a los varones de la competencia de los nuevos órganos jurisdiccionales. En definitiva “la llamada acción positiva no es ni siquiera un caso de discriminación positiva, sino más bien una discriminación negativa”.

18 “Tratamiento penal de la violencia de género”. *La nueva Ley contra la violencia de género* (Boix Reig/Martínez García, coordinadores), Iustel 2005, p. 269-70.

19 *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*. Ed. Dilex S.L, Madrid 2005, p. 163-6.

neración del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución. Estima más correcto agravar dichas conductas —tanto las del art. 153 como las del art. 173.2— con base en la «especial vulnerabilidad de la víctima debida a su edad, enfermedad, dolencia, deficiencia física o psíquica o embarazo, siempre que tal circunstancia fuera manifiesta o conocida por el autor de la conducta», como se hace en el Código penal francés. Otra alternativa que sugiere es la de la aplicación de la agravante genérica de abuso de superioridad cuando exista un manifiesto desequilibrio de fuerzas entre los sujetos, la agravante de discriminación por razón de sexo e incluso la circunstancia mixta de parentesco. Con este arsenal punitivo la «mayor reprochabilidad del hecho no dependería del sexo del sujeto activo y pasivo sino del hecho objetivo de dominación»²⁰.

Desde la óptica constitucional también se ha analizado la legitimidad de la construcción de los tipos penales con base en el sexo de los sujetos. Los delitos específicos o formas agravadas en los que el autor es el hombre y la mujer el sujeto pasivo se entienden en contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el Derecho penal se construye bajo el principio estructural de culpabilidad, excluyéndose el Derecho penal de autor²¹. Se señalan como causas de inconstitucionalidad la vulneración de los principios de proporcionalidad y culpabilidad, así como el de igualdad. En definitiva se rechazan desde esta perspectiva las llamadas acciones positivas pues «no se corresponden exactamente con el concepto de la acción positiva» y además por cuanto «las acciones positivas en el ámbito de la discriminación por razón de sexo ofrecen un trato favorable hacia las mujeres, pero sin causar un perjuicio a los hombres».

Para Rey Martínez²², es preciso analizar el contenido de la norma (en realidad trabaja sobre el proyecto) considerada a la luz del principio de igualdad constitucional pero separando nítidamente lo concerniente al derecho penal, por una parte y, por otra, el resto del articulado. Son discernibles, en efecto, dos partes. Las medidas que otorgan derechos a las mujeres que han sufrido violencia de género por un lado y las nuevas medidas penales y procesales por otro.

20 *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*. Ed. Dilex S.L., Madrid 2005, p. 166..

21 Cfr. M^a J. Ridaura Martínez, “El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Nueva Ley contra la Violencia de Género* (Boix Reig/Martínez García, *coordinadores*). Iustel 2005, p. 103.

22 “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de sexo”. *Teoría y Realidad Constitucional* 14/2004, p. 516 y ss.

Pues bien, todas las ventajas establecidas en la ley para la mujer-víctima, salvo de las propiamente penales (que, indica este autor, son difíciles de entender como «ventajas» para unas y «perjuicio» para otros), como las medidas de sensibilización, el reconocimiento de derechos laborales, de asistencia, etc. las considera acciones positivas legítimas desde el punto de vista jurídico y, desde luego, no son discriminaciones positivas. Y es que la lógica de las acciones positivas es una lógica de grupos sociales vulnerables, pero la lógica del Derecho Penal es una lógica de individuos y de culpabilidad estrictamente personal (y no colectivo) en la comisión del hecho delictivo concreto (es una responsabilidad derivada del hecho y no del modo de ser del actor) que no permite fácilmente fracturar la imagen de los sujetos por su sexo.

Lo que Rey Martínez²³ estima como dudas de constitucionalidad se contraen precisamente a la nueva y diferente tutela penal que se da, en el proyecto entonces y ahora en la Ley, a las conductas de violencia de género que, por lo demás señala, no encaja fácilmente en la definición de las acciones positivas ni en el de las discriminaciones positivas, cuyo ámbito tradicional es el laboral, el educativo, etc. pero no el jurídico-penal, salvo para exigir un tratamiento idéntico por razón del sexo. La reserva del autor se refiere a la conversión en delito de las actuales faltas de amenazas y coacciones si las comete un varón contra una mujer que sea o haya sido su esposa, o con quien mantenga una relación análoga de afectividad, es decir, los arts. 31 y 32 del proyecto. La nueva tutela penal es una decisión de política criminal que si bien trata de desincentivar la violencia de género introduce un diferente tratamiento jurídico-penal en función del sexo del sujeto activo y de la víctima. El lenguaje de las acciones o discriminaciones positivas implica un reparto de bienes sociales escasos, un grupo al que se otorga alguna ventaja jurídica (y en el caso de las discriminaciones positivas, un varón o varios a los que se discrimina simétricamente sólo por serlo). Nada de esto se daría en el escenario del Derecho Penal, ajeno a la lógica de reparto de bienes entre grupos sociales. El Derecho Penal protege bienes jurídicos con independencia del sexo del sujeto activo o de la víctima. Por ello resultaría impropio hablar de «acción positiva» o de «discriminación positiva» respecto de normas penales, lo que —por otra parte— en ningún país de nuestro entorno se hace.

No es cierto por tanto manifiesta el autor que comentamos, al contrario de lo que afirma el Voto particular del Consejo General del Poder Judi-

23 “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de sexo”. *Teoría y Realidad Constitucional* 14/2004, p. 519.

cial, que la nueva tutela penal debe entenderse como una «acción positiva» o una «discriminación positiva» reconocida expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario y en el español. Estos ordenamientos han reconocido, sí, las acciones positivas (con muchas más reservas las discriminaciones positivas), pero en la nueva tutela penal del proyecto hay otra cosa, nunca antes planteada. Por el contrario, se inclina a pensar que, por exigencia del principio constitucional de igualdad, el Derecho Penal debe dispensar una identidad jurídica de trato a mujeres y hombres por las mismas conductas.

Coincide el autor con el Manifiesto del Grupo de Política Criminal que ha sostenido, comentando el proyecto, que «el discurso de la discriminación positiva, que podría convidarse procedente a la hora de desarrollar políticas sociales que pretendan garantizar una igualdad real entre los géneros en la sociedad, no encuentra fácil acomodo dentro de los fines propios del derecho penal».²⁴ Pues «éste es un instrumento que se limita a reaccionar enérgicamente frente a lesiones graves a intereses individuales y sociales relevantes, y no le está permitido considerar a un mismo interés, por ejemplo la integridad personal o la libertad de obrar, más o menos protegido en función de quién sea el individuo titular en el caso concreto de ese interés». «Cosa distinta —matiza el Manifiesto— es que se considere a ciertos sujetos más vulnerables a sufrir una lesión de determinados intereses, pero en tal caso la ley penal debe dejar claro que la protección reforzada se debe a un determinado género y deben preverse mecanismos que permitan contradecir en el caso concreto tal presunción. Ninguna de estas cautelas se respeta en la prevista regulación de las lesiones agravadas, las coacciones o las amenazas». Señala que el proyecto —luego transformado en Ley— convierte delitos comunes en delitos especiales por razón de la cualidad sexual del sujeto activo. Ante el mismo comportamiento (amenaza o coacción leves) el varón comete un delito mientras que la mujer lleva a cabo una simple falta, a pesar de que, como señala correctamente a mi juicio en esta ocasión el Informe del CGPJ, los derechos fundamentales atacados por el comportamiento ilícito (la libertad en este caso) tienen el mismo valor cualquiera que sea la persona de su titular. No podría tampoco justificarse la elevación a la categoría de delito las amenazas y coacciones leves por razón del sexo masculino del sujeto pasivo y femenino de la víctima ni por el hecho estadístico de que la inmensa mayoría de agresiones las producen los varones a las mujeres (pues esto no siempre se da y se vería perjudicado el principio de culpabilidad

24 F. Rey Martínez, 26 «Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de sexo». *Teoría y Realidad Constitucional* 14/2004, p. 520 y ss.

personal en algunos casos), ni en la presunción de que en toda agresión hay una situación de superioridad o una voluntad de dominación masculina (a diferencia de lo que ocurre con los menores o los incapaces tampoco esto se produce en todos los casos y para los supuestos en que se da, ya están previstas las agravantes mencionadas e incluso el delito contra la integridad moral), ni en la presunción de una mayor peligrosidad del varón sólo por serlo (de entender esto se desembocaría en un derecho penal de autor)²⁵.

3. También se ha planteado la duda de si la construcción de los tipos penales que lleva a cabo la Ley Orgánica 1/2004 sobre la base de la distinción de sujetos en atención al sexo constituye una manifestación del llamado derecho penal de autor, que castiga de acuerdo a las características personales del autor, frente al modelo garantista del derecho penal del hecho propio de los Estados Democráticos y de Derecho avanzados.

No son pocos los autores que se decantan por entender que la nueva regulación penal de la violencia contra la mujer constituye una manifestación del llamado derecho penal de autor. Para el caso que nos ocupa de la regulación del art. 153, Campos Cristóbal entiende que sí se incurre «en un peligroso Derecho penal de autor», tanto por la creación de tipos penales con diferente tratamiento y pena para el varón y para la mujer como por el establecimiento de Juzgados específicos para estos supuestos²⁶. También afirma la creación por el legislador de un Derecho penal de autor con la nueva redacción del art. 153 del CP Mayordomo Rodrigo²⁷, al convertir el legislador estos delitos —anteriormente delitos comunes— en delitos especiales sobre la base de la cualidad sexual del sujeto activo. También otra autora, Íñigo Corroza²⁸, señala que lo que «el legislador ha pretendido sancionar es una forma de actuar, más aun una forma de vivir. Aquí es donde radicaría el aliud de esta conducta. Ha pretendido sancionar más gravemente al sujeto que actúa unos especiales motivos». Se incluye móviles por motivos como el aprovechamiento de la ocasión, vulnerabilidad, el obrar por venganza o represalia o por machismo en cuanto expresión de desprecio hacia la mujer. Esta autora entiende que

25 F. Rey Martínez, “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de sexo”. *Teoría y Realidad Constitucional* 14/2004, p. 521.

26 “Tratamiento penal de la violencia de género”. *La nueva Ley contra la violencia de género* (Boix Reig/Martínez García, coordinadores), Iustel 2005, p. 269-70.

27 *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*. Ed. Dilex S.L., Madrid 2005, p. 165.

28 Véase E. Íñigo Corroza, en *Comentario a la ley Orgánica de Protección integral contra la Violencia de Género*, (Muerza Esparza, coordinador). Thomson/Aranzadi 2005, p. 27 y 37

como «los móviles o finalidades no son ajenos al contenido de injusto», la mayor gravedad respondería a razones de antijuricidad.

Boldoba/Rueda²⁹, para evitar la calificación de esta regulación penal como perteneciente al Derecho penal de autor tratan de encontrar un fundamento material para tal incriminación que vaya más allá de la especial vulnerabilidad de la mujer, pues esta misma posición y gravedad del hecho es extensible a otros sujetos. Para estos autores es posible fundamentar la mayor gravedad tanto por razones de injusto como en razones de culpabilidad. Razones de injusto que tendrían que ver con el ejercicio por el varón en este tipo de hechos de una posición dominante en la relación de pareja, constatándose un abuso de superioridad. Desde el punto de vista de la culpabilidad del autor se produciría un incremento de la misma sobre la base del motivo de discriminación sexual que le llevaría a actuar al varón y al que se refería la definición de violencia de género en el art. 1.1 del Proyecto de Ley. Sin embargo esta solución resulta difícilmente asumible, primero por la dificultad de identificar la motivación, los motivos del sujeto y, segundo por que la exigencia de tal particular motivación ha desaparecido en la redacción definitiva del texto definitivo de la Ley ante el cúmulo de problemas que arrastraba.

El mismo problema ha sido analizado desde la perspectiva de la exigencia de habitualidad en la conducta del art. 173.2 por Alonso Álamo³⁰. La mencionada autora en primer lugar diferencia entre delito habitual, habitualidad criminal y reincidencia como cuestiones independientes. El delito habitual, que es la noción que concierne al supuesto de violencia familiar del art. 173, se construye sobre la multiplicidad de acciones que fundamentan un delito único. En realidad concibe estos malos tratos habituales como delito habitual impropio en cuanto la acción singular es en sí misma constitutiva de infracción penal y su repetición conduce a la aplicación de una pena más grave. En el delito habitual propio la conducta individual o aislada es atípica y únicamente su repetición la lleva a constituir infracción penal. Puesto que la habitualidad no exige una especial tendencia, inclinación o modo de ser del autor, ni que éste responda a un determinado tipo criminológico —sino que puede ser entendida de forma objetiva— esa formulación típica «no constituye una recaída en el viejo derecho penal de autor». Esta autora deja claro que tales conductas puni-

29 Cfr. “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”. *La Ley* 6146/2004, de 14 de diciembre, p. 5 y 6.

30 En su trabajo “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia 2004, pp. 59-62 y 66-8.

bles sólo pueden ser aceptadas en el marco del Derecho penal del hecho y conforme al principio de culpabilidad por el hecho aislado, de forma que estos tipos penales toman en consideración «las acciones en sí, no como expresión ni como síntoma de la tendencia, habitualidad o profesionalidad del autor». Para evitar equívocos a los que se presta la expresión propone la autora hablar más que de delito habitual de delitos de conducta reiterada o de conducta homogénea múltiple, «a fin de marcar las distancias con el tipo criminológico del delincuente habitual peligroso».

Habría que entender que, si en los malos tratos que requieren habitualidad, noción ésta sin duda más próxima a la noción de la figura criminológica del delincuente habitual peligroso y a su correlato dogmático del derecho penal de autor, se excluye la presencia de esta fórmula inculpativa, igualmente —o en mayor medida aún— en los malos tratos que no requieren tal habitualidad. En realidad no hay nada que impida entender la imputación penal sobre la base de hechos concretos y no dependientes de rasgos de la personalidad del autor. Ninguno de los tipos penales examinados exigen determinadas cualidades subjetivas al autor ni recogen datos que debieran ser completados desde la perspectiva de una supuesta tendencia criminal del autor. Esto queda todavía más claro al eliminarse el elemento subjetivo que inicialmente se incorporaba a la noción de violencia de género en el LO 1/2004 de 28 de diciembre. La disfuncionalidad de la técnica legislativa queda patente sin embargo desde otros puntos de vista pues, en todo caso —entre otros motivos, como indican acertadamente algunos autores³¹— la pena sería superior a la ahora establecida con la reforma si a los tipos básicos de los arts. 153.2 y 171.5 se les hubiera añadido la agravante genérica de obrar por motivos discriminatorios, evitando así los problemas que genera esta discriminación positiva en el marco singular de la legislación penal. Se demuestra así que en la construcción de la Ley primaron factores ajenos a la razón jurídica por encima una consideración racional de la norma y de su efectividad.

4. Pese a afirmar como sujeto pasivo principal de los hechos punibles recogidos en la Ley a la mujer, con relación conyugal o de análoga afectividad previa o actual con el agresor, por las generalizadas críticas recibidas al proyecto de ley, se añadió durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley una referencia residual y diferenciada a otros posibles sujetos pasivos: «o persona especialmente vulnerable que conviva con

31 Boldobda/Rueda Martín, “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”. *La Ley* 6146/2004, de 14 de diciembre, p. 5.

el autor». Durante la mencionada tramitación parlamentaria del proyecto de ley se suscitaron dudas de inconstitucionalidad y los distintos grupos presentaron enmiendas que llevaron a una transaccional para incluir estas personas especialmente vulnerables, como indica Montalbán Huertas³². Autora que señala que la finalidad de la enmienda transaccional era dar cabida a los hijos y las hijas menores, a las personas mayores con alguna discapacidad ancianos y a todos aquellos en los que el juzgador aprecie tal especial vulnerabilidad. La determinación de los supuestos abarcados bajo el denominador común de personas especialmente vulnerables requerirá un esfuerzo interpretativo por parte de la doctrina y de los Tribunales a la hora de su aplicación. De momento el observatorio sobre Violencia Doméstica del Consejo General del Poder Judicial entiende que se trata de «cualquier persona de los sujetos pasivos que por su edad, estado físico o psíquico o sus condiciones personales en relación al grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor»³³.

El supuesto, además de recogerse de manera diferenciada y genérica exige, como se ha visto, la convivencia efectiva, lo que no sucede con el sujeto pasivo mujer pareja o expareja del agresor. Pese a que la reforma ha incluido en los tipos penales este sujeto pasivo complementario, sin embargo, el legislador ha omitido incluirlos en la definición genérica del art. 1.1 de la ley³⁴. Íñigo Corroza³⁵ refuerza la idea de la posición secundaria de la persona especialmente vulnerable como sujeto pasivo, al señalar que «la inclusión de este segundo grupo de personas no responde al espíritu que guía esta ley desde sus inicios, sino que es más bien fruto de la crítica que se hizo».

32 "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 295-6.

33 Cfr. I. Montalbán Huertas, "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 298-9. Sobre ello también V. Magro Servet, *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*. La Ley 2005, p. 517 y ss.

34 Aspecto que destaca R. Fernández Carballo-Calero, "Perspectiva penal de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". La Ley 6308 p. 2. Como indican Boldoba/Rueda, se mantiene la impresión de que la ley presume una mayor vulnerabilidad de la mujer. "La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género". *La Ley* 6146/2004, de 14 de diciembre, p. 4.

35 7 *Comentario a la ley Orgánica de Protección integral contra la Violencia de Género*, (Muerza Esparza, coordinador). Thomson/Aranzadi 2005, p. 23, nota 29.

5. En cierta medida las conductas incriminadas en relación a la llamada violencia de género utilizan una particular técnica legislativa. El legislador, en determinados casos —no en todos— pero la técnica se ha extendido, convierte en delitos *sensu stricto* lo que figura previamente como meras faltas en el Código penal. En realidad es una forma de legislar ya anteriormente empleada para los supuestos de Violencia Doméstica. De manera que ahora, como veremos, las lesiones leves y los malos tratos de obra que inicialmente configura una falta del Libro III del Código penal (infracción penal leve) por una particular decisión legislativa se incorporan al catálogo de delitos (infracción penal grave). También sucede lo mismo con la las amenazas y coacciones leves. En el caso de las amenazas, como se verá, las de carácter leve pueden constituir delito tanto se dirijan sobre la mujer vinculada al agresor como si se ataca alguno de los sujetos pasivos de la violencia doméstica. Sin embargo en el supuesto de las coacciones únicamente está previsto que constituya delito las de carácter leve realizada sobre la mujer víctima de violencia de género. Como se ha mencionado se trata de un procedimiento que no inaugura al Ley Orgánica 1/2004 sino que tiene antecedentes, pero lo lleva más allá, al añadir la conversión en delito de las coacciones leves, antes no incluidas.

Ha llamado la atención Alonso Álamo³⁶ sobre el recurso a la formación de figuras delictivas a partir de la repetición de hechos que aisladamente considerados constituyen simples faltas. Para esta autora se trata de una modalidad intermedia situada entre los delitos habituales propios y los impropios, como un «peculiar delito habitual por el que se reconoce que acciones de escasa significación y constitutiva de faltas, de ser reiteradas, hagan surgir un delito»³⁷. En principio esta técnica representa una menor intensidad que aquellos casos en los que el legislador configura hechos delictivos por la reiteración de acciones en sí mismas irrelevantes para el Derecho penal. Desde este punto de vista la técnica legislativa puede carecer de reparos pues en tal caso eleva a delito conductas reiteradas que ya constituían faltas. Sin embargo, tal apreciación únicamente supone una visión lógico formal del problema que —indica la mencionada autora³⁸— necesita también una comprobación material que puede no resultar igualmente irreprochable. Ya antes de la Ley estudiada, con la aprobación de la reforma de 29 de septiembre de 2003, se habían sucedi-

36 “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia 2004, p. 63.

37 M. Alonso Álamo, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia 2004, p. 63.

38 M. Alonso Álamo, “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Valencia 2004, p. 64.

do las críticas a este proceder del legislador. Tanto desde el punto de vista de la entidad de la conducta para considerarse delito, como teniendo en cuenta que esta gravedad se vinculaba a la necesaria relación entre determinados sujetos activos y pasivos —y no para otros aleatorios sujetos— se cuestionaba la construcción de estos tipos penales. No parecía suficiente para cambiar la naturaleza de la infracción la presencia de ciertos sujetos activo y pasivo, además de carecer los hechos de desvalor suficiente para integrar una infracción penal grave con posible violación del principio de proporcionalidad, lo que se llegaba a considerar como un afán de punición desmedido³⁹.

Ya respecto a la nueva regulación que continua y profundiza en este método legislativo la doctrina vuelve a poner de relieve su contradicción con principios fundadores del Derecho penal. Así se indica que el salto cuantitativo y cualitativo que supone la elevación a delito de hechos que en términos generales únicamente constituyen falta resulta poco adecuado a la exigencia de proporcionalidad y generan un trato discriminatorio no justificado⁴⁰.

En su momento ya se argumentó como fundamento del trasvase de la conducta de faltas hacia la constitución de un delito en sentido estricto que la persecución de la violencia hacia la mujer a través de conductas que en el Código penal venía constituyendo faltas se consideraba fracasada y se optaba por elevar la categoría de la infracción, y de la respuesta penal consiguiente, como medio de hacer más eficaz la intervención penal y el mensaje lanzado a la sociedad. Ahora, en este nuevo impulso a la legislación sobre violencia contra la mujer, en su tramitación parlamentaria se ha sostenido de una manera vaga que todas las amenazas y coacciones del varón la pareja hacia la mujer alcanzaría la gravedad de un delito,

39 M^a Benítez Jiménez, *Violencia contra la mujer en el ámbito doméstico*. Edisofer 2004, p. 96. En sentido semejante Huerta Tocildo indicaba que “lo que carece, a mi juicio, de toda lógica es la incorporación de las faltas de maltrato no habitual y de amenazas leves ... a los delitos de lesiones siempre que el sujeto pasivo de las mismas sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2 “Los límites del derecho penal en la prevención de la violencia doméstica”. *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 525.

40 En este sentido. Quintero/Tamarit/García Albero. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Quintero, director), Thomson/Aranzadi 2005, p. 120. Desde el punto de vista constitucional se han efectuado objeciones semejantes. Así Rey Martínez señala que parece que la conversión de faltas en delitos del proyecto según sea el sexo del sujeto activo y la víctima plantea el problema de su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad (que limita el ejercicio del ius puniendi estatal), así como el de proporcionalidad de las penas. Me parece que en este punto los argumentos que suelen darse en apoyo de la ley (la licitud, e incluso las exigencias de las acciones positivas, sobre todo) no son suficientes: hay un problema nuevo, nunca antes planteado y su solución exige una mayor justificación. “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de sexo”. *Teoría y Realidad Constitucional* 14/2004, p. 519 y ss.

pues «se sigue considerando en el proyecto de ley que no hay amenaza o coacción leve realizada por su pareja a una mujer y todo ello se convierte en delito»⁴¹. De forma más coherente se ha mantenido que dado el bien jurídico de la libertad puesto en juego en las amenazas y coacciones todas las conductas punibles de ataque a este bien deberían pasar a constituir delito con indiferencia del sujeto pasivo concreto, eso sí, admitiéndose la graduación de la pena según la gravedad del hecho⁴².

En estas condiciones la doctrina comienza a encuadrar estos aspectos penales en el ámbito del Derecho penal simbólico⁴³, como fórmula para expresar un mayor rigor persecutorio frente a este tipo de hechos, lo que se traduciría en una mayor sensación de seguridad pero no en una mayor operatividad. En realidad, al margen de las disfuncionalidades de la regulación, lo cierto es que parece que el legislador ha pretendido endurecer la legislación penal en la materia y de esa manera cerrar el paso a estas conductas mediante la ley penal. Otra cosa será la idoneidad del instrumento jurídico elegido para la finalidad perseguida y el modo concreto como se establece la regulación. En definitiva, las condiciones generales para la aplicación de los tipos penales relativos a la violencia de género de acuerdo a la regulación de la Ley orgánica de medidas de protección

41 I. Montalbán Huertas, "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 295.

42 M. Comas D'Argemir Cendra, "Poder Judicial y Violencia Doméstica ¿Qué hemos logrado? ¿Qué debemos lograr?". *La violencia doméstica su enfoque en España y en el derecho comparado*. *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005*, p. 43.

43 Respecto a esta utilización simbólica, pedagógica o populista del Derecho penal, incluido el campo concreto de la violencia de género aunque con anterioridad a la reforma comentada, véase el interesante trabajo de M. T. Álvarez Vizcaya, "El tratamiento penal de la violencia de género: intereses jurídicos enfrentados". *Violencia y Derecho. Dimensiones jurídicas de la prevención de la violencia sobre las mujeres. Ponencias de la Universidad Carlos III de Madrid*, Madrid 2000, (passim). Tamarit, Comentarios p. 134. En la tramitación del proyecto de ley pudieron observarse expresiones, respecto a las normas penales contenidas en su texto, como la de que permitía avanzar en la promoción de nuevos hábitos o su función pedagógica, que indican el papel atribuido a las medidas punitivas. Cfr. I. Montalbán Huertas, "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 295. Con anterioridad a la Ley comentada Hhuerta Tocildo indicaba, respecto a la reforma de 2003 en esta materia- que constituía "Una muestra más de la desidia legislativa perfectamente evitable con tan sólo observar el cuidado debido a la hora de reformular tipos penales relativos al ejercicio de la violencia física o psíquica en el ámbito doméstico, en lugar de dejarse llevar por el afán de ofrecer respuestas rápidas y poco meditadas, por más que sean aparentemente contundentes y que resulten políticamente rentables". "Los límites del derecho penal en la prevención de la violencia doméstica". *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*. Tirant lo blanch, Valencia 2004, p. 525.

integral serán: a) condición de mujer de la víctima, b) condición de hombre del sujeto activo, y c) relación conyugal o de análoga afectividad pasada o presente, aun sin convivencia⁴⁴.

II. CONDUCTAS TÍPICAS VINCULADAS A LA TUTELA INTEGRAL DE LA MUJER

El texto de la Ley lleva a cabo una extensa reforma de varios precepto penales relacionados con la violencia de doméstica en los que se incriminan distintas conductas punibles.

1. En primer lugar cabe aludir al art. 153, que podemos considerar como el núcleo de la responsabilidad penal por hechos de violencia de género. Ahora en este precepto —en su número primero— se sitúa una conducta punible exclusivamente dirigida contra el sujeto previsto en la LO 1/2004 («cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia»). Finalmente, se añadió durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley una referencia residual y diferenciada a otros posibles sujetos pasivos: «o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», supuesto que además exige, como se ha indicado previamente, la convivencia efectiva.

De manera que estos hechos de malos tratos (causar a otro «menos-cabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión»), dirigidos contra el sujeto activo específico ya mencionado, constituyen un tipo agravado de la tutela frente a la violencia doméstica, establecido, por tanto, por razón de los sujetos. Esta especialidad y singularidad del supuesto se ve acrecentada por la no exigencia de habitualidad en la conducta —eliminada en la reforma de 2003— y la incriminación de estadios previos a las conductas de lesión efectiva de la salud e integridad corporal. Como se puede apreciar del conjunto de la regulación del art. 153 —malos tratos no habituales— el supuesto de violencia sobre la mujer se formula como tipo agravado respecto al posterior de violencia doméstica.

El legislador, según lo ya visto, concentra en este precepto, todas las conductas previas a una acción de lesión efectiva de la salud o integridad

⁴⁴ Quintero/Tamarit/García Albero, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, (Quintero Olivares, Director)*. Thomson/Aranzadi, 2005, p. 118. Todo ello, como indican estos autores, congruente con el constructo ideológico en torno al que se vertebra la ley.

dirigida sobre una mujer y que tradicionalmente constituirían supuestos de faltas pero que mediante esta incriminación expresa generan responsabilidad penal por infracción grave (delito). Ha desaparecido con esta reforma la incriminación en este lugar de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, lo que resulta acertado desde el punto de vista de la organización sistemática de la materia, remitiéndose ahora su castigo a las previsiones del art. 171 del Código penal para estos hechos. Con ello se homogeneiza en cierta medida las conductas objeto de incriminación en el precepto, lo que resulta sin duda más adecuado⁴⁵.

En coherencia con lo anterior, en el número segundo del precepto, se incluyen los mismos hechos pero ahora dirigidos contra el resto de víctimas de la violencia doméstica y señaladas en la regulación del art. 173.2 del Código penal («exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior»). Al no reunirse las condiciones exigidas para el sujeto pasivo ya no puede considerarse estos nuevos hechos como de violencia de género y la pena resulta ligeramente suavizada (prisión de 3 meses a 1 año o Trabajos en beneficio de la Comunidad de 31 a 80 días, así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años y la posibilidad de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de 6 meses a 3 años). Excepcionalidad también por cuanto el tipo básico (violencia doméstica) lo sitúa el legislador en un lugar sistemáticamente posterior al tipo agravado (violencia de género), algo inhabitual pues se suele comenzar en la técnica

45 Sin embargo, las variadas conductas que resultan punibles conforme al art. 153 no dejan de presentar dificultades. Raquel Campos Cristóbal entiende que la referencia a menoscabo psíquico, que introdujera en realidad la reforma de 2003, va a actuar como cajón de sastre permitiendo incluir todos los supuestos que no encajen como maltrato corporal, maltrato psíquico o falta de lesiones. Lo cual permite configurar una conducta delictiva amplísima que puede criminalizar la discusión en el ámbito familiar o la corrección a los hijos mediante el castigo. En todo caso entiende esta autora tal menoscabo psíquico debe entenderse como una conducta de menor entidad frente al resto consistentes en el ejercicio de violencia física o psíquica. “Tratamiento penal de la violencia de género”. *La nueva Ley contra la violencia de género* (Boix Reig/Martínez García coordinadores), Iustel 2005, p. 270-72. Mayordomo Rodrigo plantea el problema de las conductas punibles del art. 153 desde el ángulo de la omisión de asistencia o cuidados y del acoso. Expone la presencia en la práctica de supuestos de abandono físico y emocional que producen un maltrato por omisión, con falta de cobertura de las necesidades físicas (alimentación, vestido, higiene, protección, vigilancia, cuidados médicos) o psíquicas (negación de afecto, falta de interacción y contacto). De manera que la regulación española carece de referencias a estas modalidades de falta de asistencia o de cuidados como maltrato, a diferencia de lo previsto en otros Códigos penales. Hace referencia también a otras conductas que sin llegar a la violencia psíquica ni física sí que implican un acoso u hostigamiento. Se trata de episodios en los que el sujeto únicamente acecha, ronda, vigila, como una forma de persecución, llevando en algunos casos a un esatado de intimidación y sufrimiento psicológico y emocional. Tales conductas no estarían incluidas en los malos tratos doméstico o de género sino que quedan diluidas o reconducidas a otros posibles tipos penales. *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho comparado*. Ed. Dilex S.L, Madrid 2005, p. 166-8.

penal por los comportamientos más elementales (tipo básico) para continuar con las modalidades más graves (tipos cualificados o agravados).

Las penas señaladas en los dos apartados anteriores resultan agravadas («se impondrán en su mitad superior»), cuando el hecho se perpetre en presencia de menores, utilizando armas o quebrantando alguna de las penas del art. 48 del Código penal o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Modalidades que agravan los supuestos anteriores y que, por tanto, para los sujetos del número 1 introducen una nueva y redoblada agravación (hiper o super agravación). De todas formas el último apartado del art. 153, tras la reforma comentada, permite una rebaja relevante de la pena a imponer (pena inferior en grado) «en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho»⁴⁶. Queda en manos de los Tribunales y Juzgados la posibilidad de aplicar esta importante disminución de la responsabilidad debido a las características relativas al autor o a los hechos, establecidas de esta forma tan amplia en la redacción del precepto. Por esta posibilidad de aminoración de la respuesta penal, con base probablemente en la experiencia previa de imposición de consecuencia penales consideradas excesivas para determinados casos, después de una previa elevación de la intensidad en la intervención penal, es una de las razones que permiten considerar esta regulación como parte del llamado Derecho penal simbólico⁴⁷.

Una consecuencia paradójica puede darse respecto a esta última atenuación de la pena. Si se entiende, coherentemente con los presupuestos vistos en la Ley Orgánica 1/2004, que el autor es solamente el varón, esta precisión conducirá a que tan importante disminución de la responsabilidad penal únicamente sea aplicable al hombre pero no a la mujer en el caso de cometer los mismos hechos. Como ha señalado agudamente Íñigo Corroza⁴⁸ «esta regulación privilegiada tiene un reverso y es que permite atenuar la pena más que si la agresora fuera una mujer, por tanto, aquí se

46 Comas alude a la posibilidad de imposición de la pena inferior en grado para las amenazas y coacciones –como sucede igualmente para el supuesto del art. 153– como algo que permite disipar cualquier duda de constitucionalidad respecto a la proporcionalidad de las penas. “Poder Judicial y Violencia Doméstica ¿Qué hemos logrado? ¿Qué debemos lograr?”. *La violencia doméstica su enfoque en España y en el derecho comparado. Cuadernos de Derecho Judicial II/2005*, p. 44. Por su parte, Magro Servet entiende que el legislador podría estar pensando en las situaciones que pueden darse entre padres e hijos en el uso del derecho de corrección ya que la aplicación del tipo penal literal conlleva situaciones drásticas. *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*. La Ley 2005, p. 521.

47 Así lo entiende Tamarit, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Quintero Olivares, Director). Thomson/Aranzadi, 2005, p. 153

48 *Comentario a la ley Orgánica de Protección integral contra la Violencia de Género*, (Muerza Esparza, coordinador). Thomson/Aranzadi 2005, p. 40.

daría también una situación de favorecimiento (inverso) para el varón; la mujer que comete este delito no podrá verse beneficiada de la posibilidad de reducción de pena». Sin embargo, esta consecuencia contradictoria con los presupuestos y finalidades de la Ley de Medidas de protección Integral contra la violencia de Género podría quedar en la sombra ante la falta de precisión de los sujetos en el apartado mencionado y por la inclusión en un apartado previo de todas las posibles víctimas de violencia doméstica y no sólo de violencia de género, pues este apartado se refiere a la aplicación de la atenuación («No obstante lo previsto en los apartados anteriores»).

2. Para el caso del delito de lesiones, es decir, aquellos hechos en los que el autor llega a producir un efectivo daño a la salud o la integridad corporal de la víctima, la Ley de Medidas de Protección Integral crea un nuevo tipo agravado específico para la violencia de género, según la concepción general de la misma ya vista en el nueva norma. Una vez superado el estadio de los malos tratos (en los que están ausentes un auténtico menoscabo de la salud), y ya en el ámbito del delito de lesiones se establece un tipo agravado en el art. 148.4, cuando 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» y para el que se establece una pena de prisión de 2 a 5 años. En este mismo ámbito, en la circunstancia 5ª del art. 148 se recoge, producto de la reforma, un nuevo tipo agravado para el caso de víctima especialmente vulnerable.

La inclusión de cualquier nuevo tipo agravado deberá responder bien a razones de un mayor injusto del hecho o bien a una mayor culpabilidad del autor. Para este caso se suelen esgrimir razones relativas a la mayor vulnerabilidad de la mujer, el abuso de superioridad o la posición de dominio del varón en la relación de pareja. Lo que sucede es que la técnica legal empleada obliga a aplicar la agravación cuando esté presente la relación de pareja pasada o presente exigida entre sujeto activo y sujeto pasivo, sin necesidad de que se verifique la mayor vulnerabilidad o el abuso de superioridad supuestos. Sin embargo, si se hubiera hecho mención a las distintas situaciones recogidas entre las agravantes genéricas, como el propio abuso de superioridad, la discriminación por razón de sexo o la circunstancia de parentesco (que tiene doble sentido agravatorio-atenuatorio), se hubiera podido lograr el mismo efecto de elevación de la responsabilidad para el autor pero tras apreciar de manera efectiva en el supuesto particular su concurrencia.

3. El art. 171 del Código penal también ha sido reformado para incluir allí la óptica propia de la LO 1/2004. En sede del delito de amenazas se incluye un supuesto —agravado, art. 171.4— par el caso de víctima mujer en las condiciones ya conocidas. De esta manera se convierte el supuesto cualificado se eleva a la prisión de 6 meses a 1 año o (alternativamente) Trabajos en Beneficio de la Comunidad de 31 a 80 días, privación del derecho de tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día hasta los 3 años, así como la posibilidad de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por un periodo límite de 5 años.

En este supuesto agravado la conducta debe constituir una amenaza leve sobre el sujeto pasivo específico, por lo que la conducta es la propia de la falta general de amenazas del art. 620, pero que mediante esta incriminación expresa alcanza la categoría de delito. Como se ha puesto de relieve esto lleva a que las amenazas leves cometidas por el varón sobre la mujer constituyan delito (infracción penal grave) y que las amenazas leves cometidas por la mujer se decidan desde el punto de vista de las faltas (infracción penal leve) cuando en realidad los Derechos Fundamentales de las personas no sufren diferenciación por razón de sexo en nuestro Texto Constitucional⁴⁹. En un último párrafo se asimila la amenaza leve sufrida por una persona especialmente vulnerable a la recibida por la mujer, siempre que la víctima —especialmente vulnerable— conviva con el autor.

Si esta amenaza leve se lleva a cabo por el autor con armas u otros instrumentos peligrosos sobre alguna de las personas del art. 173.2 (víctimas potenciales de violencia doméstica), exceptuadas por tanto las mujeres del apartado anterior (violencia de género), se produce un nuevo tipo agravado (art. 171.5). De esta forma se puede concluir que las únicas amenazas dirigidas sobre este grupo de sujetos (violencia doméstica) que tendrán la calificación de delito serán aquellas en las que se hayan empleado armas o instrumentos peligrosos, o lo que es lo mismo, en el resto de los casos deberán ser calificadas como faltas⁵⁰. Incomprensiblemente no establece el legislador ninguna previsión para el caso de amenazas leves —con armas o instrumentos peligrosos— sobre las mujeres

49 Así lo ha señalado el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia Ejercida sobre la Mujer* (p. 31 y ss.) emitido por el Consejo General del Poder Judicial.

50 Así lo indica correctamente I. Montalbán Huertas, "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 305.

pareja o expareja del apartado 3 (violencia de género) y sí lo hace para el resto de las víctimas de la violencia doméstica. Algún autor ha entendido que esta «indefinición legislativa» no ha sido deseada por el legislador y que repugna a la coherencia de la norma, haciéndose necesaria una corrección legislativa o jurisprudencial⁵¹. En este sentido Montalbán⁵² señala que «Debe entenderse que el legislador considera amenaza leve —por tanto subsumible en el art. 171.4— la amenaza efectuada utilizando armas u otros instrumentos peligrosos a su esposa o mujer o que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad». Sin embargo, los Tribunales poseen un escaso margen de actuación para este supuesto. No parece fácilmente aceptable que se castiguen con la misma pena tanto el supuesto se realicen con o sin empleo de armas u otros medios peligrosos, pues si aparecen las armas o medios peligrosos en realidad se ponen en juego nuevos bienes jurídicos, como la salud o integridad física e incluso la vida, por lo que la calificación de la gravedad de tales hechos no puede permanecer invariable. En todo caso tampoco podrá asimilarse las amenazas leves con instrumentos peligrosos sobre la mujer a este tipo agravado, pues sería incongruente cuando ya la simple amenaza leve sobre la mujer víctima de violencia de género resulta equivalente en la pena (en el límite máximo de las penas establecidas) o incluso superior (en el límite mínimo de ambas penas). En este sentido Campos Cristóbal⁵³ indica que tan sólo cabrá aplicar en su caso la pena prevista para la falta de amenaza leve con armas del ar. 620.1

Esta comparación entre las penas asignadas, por una parte, al supuesto de amenazas leves sobre mujer ligada o anteriormente ligada por vínculo conyugal u otro afectivo análogo con el agresor y, por otra, al tipo agravado en el que el autor comete las amenazas con armas o instrumentos peligrosos, merece algún comentario aun cuando sea breve. Como se acaba de mencionar existe una cierta homogeneidad entre los límites superiores de las penas de prisión impuestas en ambos casos, el año de priva-

51 Cfr. R. Fernández Carballo-Calero, «Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género». *La Ley* 6308/2005, p. 6.

52 «Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género». *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 304. También Magro Servet considera que debe entenderse que se incluye en esta modalidad la efectuada con armas y otros instrumentos peligrosos sobre mujer «ya que de no ser así se habría olvidado el legislador de incluirlo. Lo extrae del art. 153 CP pero no lo reubica luego». *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*. La Ley 2005, p. 522.

53 «Tratamiento penal de la violencia de género». *La nueva Ley contra la violencia de género*. Iustel 2005, p. 268.

ción de libertad tanto para la hipótesis del número 4 como del número 5 del art. 171. Sin embargo el límite inferior de la pena de prisión es mayor en el caso de la mujer (6 meses) que en el caso del resto de víctimas (3 meses). Además la pena de inhabilitación puede extenderse hasta los 5 años en el número 4 y tan sólo hasta los 3 años en el número 5. Con carácter general sabemos que el merecimiento de pena de un hecho tipificado en la ley como delito depende del contenido de injusto y de la culpabilidad del autor. A su vez el contenido de injusto se ve afectado por dos factores, el desvalor de resultado y el desvalor de acción. Pues bien la variación que se produce entre estos dos supuesto es que para el caso de empleo de armas o medios peligrosos el desvalor de resultado se ve incrementado, y en esa misma medida el contenido de injusto, por la puesta en juego de nuevos bienes jurídicos. Las armas y otros medios peligrosos son tales por introducir un riesgo añadido para la salud o la integridad de las personas y más allá todavía para la vida de las personas, naturalmente como riesgo potencial que no ha llegado a materializarse pues si no entrarían en aplicación los delitos de lesión contra la vida o contra la salud. Se crea por tanto un riesgo que afecta a otros bienes jurídicos que supone un incremento del desvalor de resultado como parte del total contenido de injusto. Por ello en realidad la gravedad del hecho cometido con armas o medios peligrosos es mas elevada que la mera amenaza leve sin empleo de tales instrumentos aun cuando lo sea sobre víctima de violencia de género por más que se quiera justificar la mayor penalidad en la pretensión del legislador de dar una respuesta firme y contundente a este tipo de agresiones⁵⁴.

4. El art. 39 de la Ley sobre violencia contra la mujer complementa la regulación de las coacciones en el código penal, añadiendo un apartado 2 al art. 172. A diferencia del caso anterior de las amenazas, la reforma únicamente atiende a la llamada violencia de género *sensu stricto* y no al resto de sujetos de la más amplia violencia doméstica. Por ello en el apartado 2 se incrimina de manera particularizada la coacción leve para el caso de dirigirse sobre la mujer pareja o expareja del sujeto activo, castigando la conducta con prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días así como privación del derecho a la tenencia y porte de armas de una año y un día a tres

54 Como ha querido justificar I. Montalbán Huertas, "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 306.

años. También en un párrafo separado se apunta a las personas especialmente vulnerables —que convivan con el autor— como posibles sujetos pasivos de esta clase de hechos.

Respecto a la mujer como posible sujeto pasivo se establecen una serie de agravaciones. Se impone la pena en su mitad superior si el delito se perpetra en presencia de menores, en el domicilio común o en el de la víctima o quebrantando una pena de las del art. 48 del Código penal o una medidas cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Se admite finalmente la atenuación de la pena (pena inferior en grado) en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, estableciéndose este tipo privilegiado con amplio margen de maniobra para Jueces y Tribunales.

Sin embargo, para este delito de coacciones, no se hace previsión alguna respecto de los sujetos pasivos del art. 173.2, posibles destinatarios de la violencia doméstica si mencionado en cambio en la reforma del art. 171 del Código penal. Naturalmente esta exclusión se produce salvo que pudieran incluirse en la categoría de personas especialmente vulnerables a la que ya hemos hecho mención. Esta falta de presencia en los nuevos tipos de los potenciales receptores de la violencia doméstica, obliga a entender que en caso de sufrir algún tipo de coacción leve la tutela de lleva a cabo como infracción penal leve (falta) del art. 620.2⁵⁵.

5. Respecto al delito de quebrantamiento de condena se establecen algunos complementos a la regulación, que también van a poseer trascendencia procesal. Lo que hace la nueva regulación es añadir un segundo número al precepto dirigido exclusivamente para cuando concierna a hechos vinculados a víctimas de violencia doméstica en cuyo caso se impondrá una pena privativa de libertad. En todo caso esta nueva regulación constituye un tipo agravado (art. 468.2) para los hechos realizados sobre alguno de los ofendidos incluidos entre las personas relacionadas en el art. 173.2 (violencia doméstica en general) y no sólo para el caso del quebrantamiento de pena medida cautelar o de seguridad vinculado a la violencia de género.

Existe por tanto la posibilidad de aplicar este hecho delictivo cuando se realiza el quebrantamiento de alguna de las penas del art. 48 del Código penal o bien se produce quebrantamiento de medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales tanto

55 R. Fernández Carballo-Calero, "Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *La Ley* 6308/2005, p. 5.

para contextos de privación de libertad como de ausencia de tal privación en el sujeto activo. También se viene a sustituir la anterior pena de multa aplicable a los casos de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento por la prisión de 6 meses a 1 año, evitando así dudas y discusiones sobre la imposición de pena privativa de libertad para tales hipótesis y correlativamente abrir la posibilidad de acordar la prisión provisional para estos supuestos⁵⁶.

Con anterioridad a la reforma de la Ley Orgánica 15/2003 el quebrantamiento de condena, medida de seguridad, medida cautelar, conducción o custodia cuando el autor no se encontraba en prisión se sancionaba con multa de 12 a 24 meses. La variación en la regulación de la mencionada Ley 15/2003 de 25 de noviembre, hace que se pueda imponer pena privativa de libertad aunque estuviere en libertad el autor si se trata de un supuesto de violencia doméstica para los casos de quebrantamiento de medidas de prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas (incumplimiento de las medidas de prohibición del art. 57.2 en relación con el art. 48 CP). Pero todavía el incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento —no contemplada en el art. 48 del Código penal— exclusivamente tiene prevista la pena de multa. En estas condiciones la Ley Orgánica 1/2004 contra la violencia de Género pretende aclarar que el incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento estará sancionada con pena privativa de libertad de 6 meses a 1 año y con ello hacer posible la prisión provisional para estos incumplimientos⁵⁷.

Lo que hace en definitiva la LO 1/2004 es impedir que para los casos de medida de alejamiento únicamente pudiera concurrir la pena de multa haciéndose imposible imponer prisión provisional, estableciendo una pena privativa de libertad para hechos vinculados con los sujetos del 173.2 y que posibilite la determinación por el juez del ingreso provisional en prisión. Esta penalidad diferenciada exclusivamente para las víctimas de violencia doméstica no acaba de verse justificada pues su ampliación al resto de personas no ligadas por una relación de convivencia no perjudica la

56 V. Magro Servet, "Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica". *La Ley* 6290/2005, de 7 de julio, p. 3 y ss. También R. Fernández Carballo-Calero, "Perspectiva penal de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *La Ley* 6308/2005, p. 6. Igualmente I. Montalbán Huertas, "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 309.

57 Cfr. V. Magro Servet, *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*. La Ley 2005, p. 525 y ss.

protección dispensada a tales víctimas y por no poner en juego nuevos bienes jurídicos.

Además la doctrina señala los problemas derivados de hechos no infrecuentes en los que es la víctima de la violencia quien se acerca al autor, sobre el que pesa la orden de alejamiento y para el cual, dada la obligatoriedad de la pena prevista, pudiera surgir consecuencias punitivas⁵⁸. Respecto a esta problemática se han pronunciado los Magistrados miembros de secciones especializadas en Violencia de Género —según indica Magro Servet⁵⁹—. Entienden estos magistrados reunidos en el Consejo General del poder judicial a efectos formativos que desde el punto de vista del condenado previamente al alejamiento no habría antijuricidad en su conducta ya que no ha sido él el que ha propiciado la situación, sino que ha sido la víctima del delito de violencia de género la que provoca el hecho. Tampoco esta víctima del primer delito de violencia de género respondería penalmente como inductora a la ruptura del alejamiento y por tanto de la pena impuesta pues falta el hecho base que debería proceder de una conducta delictiva del agresor que, sin embargo, como se ha mencionado, carece en estas circunstancias de responsabilidad. El Tribunal Supremo, ahora jurisdiccionalmente, mediante Sentencia de 26 de septiembre de 2005⁶⁰, refuerza la solución exonerante de responsabilidad de la persona inicialmente agredida, al mantener —con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos— que tal conclusión produciría unos efectos preversos con la consecuencia de que el sistema penal llevaría a cabo en tal caso una intromisión intolerable en la privacidad de la pareja, cuyo derecho más relevante es el de «vivir juntos». Hemos visto entonces que la exclusión de responsabilidad del agresor en situaciones en las que es la víctima la que se acerca a él se cifra bien en

58 Cfr. R. García Albero, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal* (Quintero Olivares, director). Thomson/Aranzadi, 2005, p. 1825-6. Díaz Roca estima en un 35% de los procedimientos en los que la víctima no desea que se dicte orden de alejamiento a su favor. De manera que existen no escasos ejemplos en los que víctima y autor de mutua acuerdo vuelven a convivir pese a la existencia de una pena de alejamiento. Se produce un quebrantamiento de condena de difícil comprensión para los afectados e inevitable tras la conversión del alejamiento en pena de obligatoria imposición con la LO 15/2003, de forma que no sólo comete delito de quebrantamiento el reo de la pena de alejamiento, sino también la persona protegida en calidad de cooperador necesario o de inductor. “Un paso atrás en la regulación de los malos tratos”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* 663/2005, p. 10

59 “La agravación específica de quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento en la violencia de género (artículos 153,171,172 y 173.2 CP)”. Revista *La Ley*, 6396/2006, p. 6 y 7.

60 Cfr. V. Magro Servet, “La agravación específica de quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento en la violencia de género (artículos 153,171,172 y 173.2 CP)”. Revista *La Ley*, 6396/2006, p. 7.

la carencia de antijuricidad, bien en la ausencia de dolo específico que se exigiría al agresor para incumplir la pena de alejamiento, según estima Magro Servet⁶¹.

En realidad estas vías de solución parece conduce a tal decisión sin que se explique más ni se concrete alguna causa de justificación de aplicación. Tampoco parece que el delito de quebrantamiento del art. 468 del Cp esté condicionado a «dolo específico» o elemento subjetivo del injusto alguno, no se aprecia requisito alguno en este sentido en su redacción. Cuando estamos hablando de una situación en la que es la víctima del primer delito de violencia de género la que lleva a cabo el acercamiento vedado por resolución judicial hasta el agresor, éste no ha realizado acción alguna en sentido jurídico-penal. No sólo puede que no haya llevado a cabo conducta alguna en sentido físico, sino que cabe plantearse —al menos para algunos supuestos— que la persona a la que se impuso el alejamiento no ha desarrollado una acción socialmente relevante referible a su voluntad desde el punto de vista de la conducta incriminada en un tipo penal, en este caso el quebrantamiento de pena o de medida cautelar de alejamiento. Quien actúa —y no sólo en sentido físico— es la víctima del hecho de violencia de género. Con ello ya, al faltar este primer eslabón de los requisitos de todo hecho punible, no resulta necesario interrogarse sobre la posible tipicidad o antijuricidad de la situación para el sujeto. Y naturalmente sin existencia siquiera de una acción jurídico-penal difícilmente puede darse una inducción a la nada desde el punto de vista penal.

Magro⁶² pone de relieve que en los casos —cada vez mas recurrentes— en los que la que fue víctima de violencia acude al Juzgado para que se suprima la pena impuesta al que fue su agresor, pues pretenden reanudar la convivencia con él, esta solicitud no resulta factible ni desde el punto de vista de las capacidades legales de la víctima —la pena impuesta es indisponible para la víctima— ni desde el ángulo de las facultades del Juez o Tribunal —le está vedado el levantamiento de la misma una vez se ha dictado sentencia y esta resulta firme—. Cosa distinta sucede con el alejamiento cuando se impone como medida cautelar, pues estas son revisables, pudiendo ser alzadas, mantenidas o incluso incrementadas. En este terreno de las medidas cautelares el Tribunal Supremo en la Sentencia antes mencionada de 26 de septiembre de 2005 incluso ha señala-

61 “La agravación específica de quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento en la violencia de género (artículos 153,171,172 y 173.2 CP)”. Revista *La Ley*, 6396/2006, p. 7.

62“La agravación específica de quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento en la violencia de género (artículos 153,171,172 y 173.2 CP)”. Revista *La Ley*, 6396/2006, p. 7.

do que la reanudación voluntaria de la convivencia pone de manifiesto la innecesidad de la protección con decaimiento de la medida. Las dudas surgen en cuanto en este tipo de hechos sabemos responden a ciclos en los que se alternan fases de tranquilidad y otros de agresividad, por lo que no se puede descartar que retomada la convivencia se repitan las agresiones. Para estos caso mejor que forzar las previsiones del ordenamiento Jurídico parece más acertado tratar de establecer una regulación que armonice las necesidades de protección de la víctima con sus legítimas expectativas en su vida privada. Quizás la previsión de la capacidad de suspensión de la pena en estos casos, por el Organo Jurisdiccional, una vez hechas las comprobaciones necesarias sobre la seriedad y voluntariedad de la decisión, así como proporcionada una información suficiente a la víctima sobre su situación y los riesgos que pudiera entrañar su nueva situación, constituiría un instrumento legal adaptado a las necesidades de la víctima para su tutela y también para su derecho al desarrollo personal.

6. El legislador mantiene en el art. 620 los supuestos de amenazas leves empleando armas o instrumentos peligrosos y amenazas, coacciones, injurias y vejaciones injustas, siempre que todas las acciones sean de carácter leve. El autor del a reforma transcribe casi completamente el texto del art. 620 de forma que las novedades pasan prácticamente desapercibidas. La conducta y el carácter de delito semipúblico (exigencia de denuncia, salvo en los supuestos comprendidos en el ámbito de la violencia doméstica y las injurias) permanecen en la regulación con el mismo contenido. También la pena de localización permanente para el ámbito de la violencia doméstica como los aspectos anteriores se mantienen con la misma redacción que le había dado la LO 15/2003 de 25 de noviembre.

Únicamente cuando el legislador se refiere en el punto 2º del art. 620 a «Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve», la LO 1/2004 ha añadido «salvo que el hecho sea constitutivo de delito». Parece que este último inciso complementario incorporado a la lista de conductas leves constitutivas de falta no tiene otro sentido para el redactor de la Ley que el mero aclaratorio. Todo indica, sobre todo ante la falta de otras alternativas, que, pese a no ser necesario, se ha querido dejar fijado de forma todavía más fehaciente, que algunos de esos supuestos leves —amenazas y coacciones— deben ser castigados como delitos y ya no como meras faltas en el caso de que la víctima sea o haya sido pareja del autor de los hechos. De forma que tras la Ley comentada únicamente la injuria leve y las vejaciones injustas de carácter leve siguen

constituyendo falta cuando el autor posea la relación conyugal o afectivamente análoga, o hubiera existido, con la mujer víctima.

III. LA APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO PARA EL AUTOR DE LOS HECHOS: EL PERIODO DE EJECUCIÓN DE LA PENA

1. Como hemos venido viendo desde el principio el legislador ha adoptado la decisión de elaborar una norma con contenido general para abordar la problemática de la violencia de género: la Ley Orgánica de medidas de protección Integral contra la violencia de Género. Probablemente este planteamiento, en abstracto, es el único serio frente a un fenómeno que implica tantos y diversos aspectos.

La norma legislativa pretende conseguir una respuesta global frente a la persistente presencia en la sociedad de la violencia contra la mujer como expresión fundamental de la obligación de los poderes públicos, conforme a lo dispuesto en el art. 9.2 de la Constitución, de adoptar medidas de acción positiva para hacer efectivos y reales los derechos de las personas y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. El control de estos comportamientos que causan tan graves padecimientos y una importante alarma social se pretende realizar ahora con un marco normativo que unifique el conjunto de medidas que contribuyan a erradicar este fenómeno.

Todo ello se traduce en la amplia organización sistemática y el articulado de la nueva regulación, de forma que la Ley se estructura en un Título preliminar, cinco Títulos y una serie de disposiciones complementarias. En el Título IV de la Ley, como hemos venido viendo, se establecen las reformas penales dirigidas a la tipificación y sanción criminal de estas conductas, es decir, la respuesta punitiva de las manifestaciones de violencia propias del fenómeno señalado. Pero además se incluyen previsiones relativas a las penas por hechos de violencia de género, como reglas específicas respecto a la suspensión de las penas, la sustitución de las mismas o los posibles efectos de la comisión de un delito durante el periodo de suspensión de la pena impuesta anteriormente. Una última previsión del Título se dedica a la Administración Penitenciaria a quien se encarga la realización de «programas específicos para internos condenados por delitos relativos a la violencia de género» (art. 42.1) y la valoración del «seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos» penitenciaria

para las progresiones en grado, concesiones de permisos y la concesión de la libertad condicional (art. 42.2).

Esto nos recuerda que en realidad después del auténtico arsenal de medidas para combatir la violencia doméstica, y aún después de una sentencia condenatoria contra un maltratador, a pesar de todo ello, el trabajo no está terminado, no basta con que perdamos de vista al agresor tras los muros del centro penitenciario. Si pensamos que tras el ingreso del autor del delito en la cárcel el Ordenamiento Jurídico y la sociedad han cumplido su misión, estaríamos relegando en el tiempo el mismo problema. La referencia legal, aunque escueta, nos hace recordar una misión fundamental del sistema penitenciario como es la de resocialización del recluso. Es verdad que el panorama penitenciario hace ser muy escéptico al respecto, de forma que la reeducación del delincuente llega a ser considerada un mito⁶³. Pero lo cierto también es que de dejar de lado la misma nos estamos tapando los ojos ante la verdadera profundidad del problema y condenamos a muchas mujeres a permanecer como víctimas potenciales y persistentes si no se aborda el problema más allá de la separación física del agresor. Tarde o temprano, el agresor habrá cumplido su condena y saldrá en libertad con la consiguiente angustia vital para la víctima⁶⁴. Si la puesta en libertad consiste en devolverlo a la vida libre en las mismas condiciones en las que ingreso en realidad nada a cambiado, tan sólo se ha pospuesto un tiempo la incertidumbre de la mujer. Escaso favor el que la sociedad ha otorgado a la víctima, pero también escaso trabajo el realizado con el autor de los hechos.

63 Una referencia global al problema en R. M. Mata y Martín, *Presupuestos para la intervención judicial en la ejecución de la pena. Consideraciones sobre el Juez de Vigilancia Penitenciaria* (en preparación, inédito). Las críticas dirigidas a la resocialización por su falta de realismo pueden verse en A. García-Pablos de Molina, "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* III (1979), p. 677 y ss., señala la vaguedad del concepto y la paradoja de que opciones penales e ideológicas contrapuestas acudan al concepto de resocialización. También M. Bajo Fernández, "Tratamiento penitenciario y concepción de la pena". *Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez-Vitoria*, T. I, Barcelona 1983, p. 36 y ss., quien habla de los peligros del monismo del tratamiento. Sobre las múltiples objeciones y límites al planteamiento resocializador existe una amplia literatura. Debido a esta constatación de los puntos problemáticos en el plano teórico y en la praxis resocializadora ha llevado a distinguir entre programas máximos de resocialización y programas mínimos de resocialización, en los que se pretenden evitar las tachas que pesan sobre un pensamiento resocializador poco cuidadoso.

64 Carmena Castrillo nos recuerda en este sentido que lograr la modificación de la conducta del agresor es la única forma definitiva para la seguridad de la mujer o pareja. "Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley Integral de Violencia de Género". *Jueces para la Democracia* 53/2005, p. 35.

Desde el ángulo de quienes trabajan en la psicología clínica se percibe claramente la insuficiencia del enfoque judicial-sancionador. Pero es que además desde este mismo ámbito se llama la atención respecto al hecho de la necesidad de un abordaje terapéutico del maltratador por la tendencia a mantener la relación en un grupo amplio de supuestos. Cuando los estudios indican que el 30% de las víctimas que han sido tratadas y el 50% del total prefieren seguir manteniendo la relación de pareja con el que ha sido su agresor se refuerza si cabe la evidencia de que la mera separación temporal no constituye una auténtica salida⁶⁵. En un buen número de casos se volverá a retomar la convivencia, con riesgo elevado de nuevo para la mujer o para otros miembros de la familia, de no haberse enfrentado de manera efectiva la conducta violenta del maltratador: «un tratamiento integral del maltrato doméstico debe incluir la atención psicológica del hombre maltratador»⁶⁶.

2. Con base en todo lo anteriormente dicho nos planteamos en este momento la actuación y las previsiones del Ordenamiento Jurídico tras la sentencia condenatoria, es decir, durante el periodo de ejecución de la sentencia o de ejecución penal. Se trata de observar como aborda este tiempo esencial el conjunto de las previsiones normativas pero especialmente lo dispuesto en la LO 1/2004. Hay que tener en cuenta que el legislador, los distintos legisladores que se han sucedido en las últimas décadas, ha ido concentrando su esfuerzo y establecer sanciones más severas para este tipo de hechos y ha estimado especialmente adecuada la pena de privación de libertad. Por ello resulta pertinente abordar la ejecución de esta pena y de las alternativas existentes en nuestro sistema penal.

El papel de las Instituciones penitenciarias, según la nueva disposición, respecto a los autores de este tipo de delitos está, en primer lugar, en la realización de programas específicos para los mismos y, en segundo lugar, la valoración de tales programas por los órganos de la Administración penitenciaria y su trascendencia para el curso del cumplimiento de la pena. Es de interés, por tanto, el estudio de la influencia que la nueva normativa tendrá en la clasificación y ascenso de grado (incluida la libertad condicional) de los internos, así como para otras incidencias durante el desarrollo de la ejecución de la pena (como los permisos). Para ello también será necesario conocer previamente qué tipo de programas se

65 Cifras y situación que ponen de relieve E. Echeburua, Paz de Corral, *Manual de Violencia Familiar*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid 2002, p. 87.

66 E. Echeburua, Paz de Corral, *Manual de Violencia Familiar*. Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid 2002, p. 87.

han establecido de hecho y que clase se intervención puede considerarse adecuada según las propuestas de educadores y terapeutas.

3. Tras la imposición de la pena en una sentencia condenatoria el sistema penal prevé la posibilidad de suspender la ejecución de la pena por un cierto periodo de tiempo. En este trámite, además de los requisitos generales necesarios para que sea posible la suspensión (art. 81 CP) cabe la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador otorgue la misma bajo la condición del cumplimiento de una serie de obligaciones o deberes (art. 83). Pues bien el redactor de la Ley Orgánica 1/2004 ha efectuado una reforma del precepto (regla 6ª del apartado 1) por la cual será necesario que para la suspensión de la pena por delitos relativos a la violencia de género el Juez o el Tribunal «condicionará» tal concesión al cumplimiento de las obligaciones de las reglas 1ª, 2ª y 5ª. Es decir para este tipo de delitos la suspensión de la pena se vincula necesariamente a la realización de tales obligaciones que son la prohibición de acudir a determinados lugares (regla 1ª), prohibición de aproximarse a la víctima (regla 2ª) y participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares (regla 5ª).

En general la comisión de un nuevo delito durante el periodo de suspensión lleva a la revocación de la misma (art. 84 CP), pero sin embargo el incumplimiento de las obligaciones impuestas abre distintas alternativas como la sustitución de la regla de conducta impuesta por otra, la prórroga del plazo de suspensión e incluso la revocación de la suspensión si se trata de incumplimientos reiterados. Pues bien la reforma del art. 84 en su apartado 3 obliga ahora a la revocación de la anterior suspensión de la ejecución de la pena cuando se trate de delitos relativos a la violencia de género. Lo cual quiere decir a su vez que, para estos particulares casos de violencia de género y no otros diversos, de no cumplirse con estas obligaciones se produciría la anulación de la suspensión y debería pasarse a cumplir con la pena impuesta. Las dos primeras reglas de conducta impuestas pretenden velar por la seguridad de la víctima (prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima) pero la quinta de las reglas se refiere a la participación en programas formativos, que tiene que ver con la prevención especial, con el intento de resocialización y por tanto de evitación de reincidencia. Ahora bien para esta última obligación queda claro que la no participación en los programas incumple uno de los deberes impuestos pero no queda tan claro que lo incumpla la falta de aprovechamiento como algunos pretenden⁶⁷. Y no queda claro no sólo porque la redacción alude

67 Así lo entiende E. Íñigo Corroza, *Comentario a la ley Orgánica de Protección integral contra la Violencia de Género*, (Muerza Esparza, coordinador). Thomson/Aranzadi 2005, p. 30.

exclusivamente a la participación, sino por cuanto resulta complejo en este terreno determinar en qué consista el aprovechamiento e igualmente porque se obliga a realizar una determinada actividad pero no se puede obligar a resultados, por otra parte difíciles de precisar como se ha dicho.

La reforma de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, ha producido en este terreno una grave disfunción al haber sido el redactor prisionero de los planteamientos exclusivistas para la llamada violencia de género apartándose de la atención a otros posibles sujetos pasivos. Por una parte se elevan las exigencias para poder proceder los Jueces a la suspensión de la pena pero a la vez, seguramente de forma no premeditada, rebaja las exigencias para los sujetos pasivos de la violencia doméstica. La reforma mediante Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre había condicionado ya la suspensión de la pena a la imposición de las dos primeras reglas de conducta del art. 83 cuando se tratara de víctimas de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2. A continuación el legislador de 2004 ha sustituido la mención introducida en el año 2003 refiriéndose exclusivamente a «delitos relacionados con la violencia de género» sin advertir que no sólo incrementaba las exigencias para estos delitos sino que necesariamente las mismas no serían de aplicación a otros sujetos pasivos distintos de la mujer ligada o anteriormente ligada al autor por matrimonio o vínculo afectivo semejante. Con los presupuestos ineludibles que ha establecido el propio legislador cuando habla de violencia de género, y a los que hemos aludido, la consecuencia no puede ser otra. Así se ha señalado ya pues «a tenor del art. 1 de la Ley 1/2004 se refiere tan sólo a los supuestos en los que la víctima sea mujer que tiene o ha tenido relación matrimonial o análoga con el condenado. En los casos en los que el sujeto pasivo sea cualquiera otro de los sujetos pasivos relacionados en el art. 173.2, ha de entenderse que no rige la obligación de condicionar la suspensión de la pena al sometimiento de las obligaciones previstas en los nº1 (prohibición de acudir a determinados lugares), 2 (prohibición de aproximarse a la víctima, familiares o personas que determine el juez) y 5 (sometimiento a un plan formativo, cultural o similar)»⁶⁸. Por los mismos motivos el incumplimiento de las obligaciones impuestas únicamente produce el efecto revocatorio de la suspensión para los delitos de violencia de género, pero no para los de violencia doméstica, produciéndose una nueva desigualdad en su tratamiento jurídico.

68 I. Montalbán Huertas, "Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género". *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 292.

Entre las formas alternativas de ejecución de las penas que regula el Código penal está también la sustitución de penas. El sistema penal admite la sustitución de la pena privativa de libertad de hasta un año —excepcionalmente penas inferiores a dos años— por otras de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Para la posible aplicación de esta facultad los Jueces y Tribunales tendrán en cuenta las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y especialmente el esfuerzo del autor para reparar el daño causado. En este ámbito la reforma viene a realizar algunas precisiones para el caso de delitos vinculados a la violencia de género. Por una parte la pena de prisión impuesta para este tipo de delitos no podrá sustituirse por otra que no sea la de trabajos en beneficio de la comunidad, es decir, se excluye la pena de multa como posible pena sustitutiva. Y por otra parte se añade la obligación para el Juez de imponer determinados programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico así como la observancia de las reglas 1ª y 2ª del apartado 1 del art. 83 que ya hemos señalado. Para el resto de delitos este tipo de obligaciones o deberes añadidos en el caso de sustitución de la pena continuará siendo facultativa por parte de los Jueces o Tribunales.

Por las razones antedichas al sustituir la reforma la referencia a los delitos del art. 153 y 173.2 e incluir exclusivamente los supuestos de violencia de género no se podrá ya imponer que se excluya la pena de multa del régimen de sustitución de penas para los delitos de violencia doméstica y en tal sustitución no resultará obligatorio el sometimiento a los programas específicos de tratamiento psicológico y reeducación. Así lo reconocen quienes se han acercado con detenimiento a esta normativa: «En la redacción anterior —introducida por la LO 15/2003— quedaba prohibida tal sustitución en el caso de condena por el delito de violencia habitual del art. 173.2 CP; y, por tanto, la prohibición también operaba en el caso de que la víctima fuera alguna de las mencionadas en el círculo de sujetos pasivos de dicha norma, aunque no fuera la mujer vinculada por relación matrimonial o análoga con el autor»⁶⁹.

Ricardo M. Mata y Martín

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Valladolid

69 I. Montalbán Huertas, “Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”. *Cuadernos de Derecho Judicial II/2005, La violencia doméstica su enfoque en España y en el Derecho comparado*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005, p. 294.