

EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. CONSIDERACIONES POLITICO CRIMINALES

GABRIEL BERNAL DEL CASTILLO

Fiscal

Excmo.Sr. Presidente, Sras y Srs. académicos.

En este protocolario acto en el que se formaliza mi ingreso en esta ilustre corporación, mis primeras palabras deben ser de agradecimiento. Y ello no sólo para cumplir con la norma de cortesía no escrita que así lo dispone sino, sobre todo, por cuanto son expresión de un sentimiento de sincera y profunda gratitud.

Públicamente expreso así mi reconocimiento a todos los académicos que con su aquiescencia benévolamente me aceptaron entre ellos, y singularmente a los que ofrecieron su nombre y prestigio signando la inicial propuesta de ingreso en esta Real Academia, su Presidente D. Leopoldo Tolivar Alas, que además me honra con su contestación a mi discurso; D. José Ignacio Álvarez Sánchez; D. Rafael Fonseca González y mis queridos compañeros de carrera y destino, D. Gerardo Herrero Montes, que prematuramente nos dejó, y D^a Belén del Valle Díaz, primera mujer miembro de la Academia.

Permítaseme, además, que me detenga unos instantes en la evocación y recuerdo de quienes, sin desmerecimiento de otros muchos, la omisión de cuya cita no es ingrato olvido, han contribuido a mi formación como persona y jurista. En primer lugar, D. José Luis Álvarez Pinedo, cuya plaza en la Academia, vacante por su fallecimiento, ocuparé. Modelo de integridad y talla personal y profesional, su figura me brinda el reto de conservar su memoria con mis mejores esfuerzos en la Academia. Así mismo, D. Carlos Anciola, mi preparador de oposición a la carrera fiscal, compañero y amigo; el recuerdo de su señorío y nobleza permanecen imborrables en mí.

Y sobre todo, mi padre, a quien tanto debo. El ejemplo de su vida personal y profesional desbrozó y allanó el camino de la mía.

Mi discurso de ingreso en la Academia versa sobre el tratamiento de la violencia de género en nuestro derecho penal, materia a la que por compromiso personal dediqué profesionalmente mi tiempo y esfuerzo.

I.- El término violencia de género nos sitúa ante una compleja realidad humana que se caracteriza por su dimensión estructural por cuanto se proyecta sobre la mujer por el hecho de serlo, encuentra explicación en la desigualdad real históricamente construida entre hombres y mujeres a lo largo de los tiempos, y se plasma en los arquetipos y roles que definen la posición de unos y otras en la sociedad. Es un fenómeno global en su extensión, pues se detecta en toda sociedad humana cualquiera que sea su grado de desarrollo socioeconómico y cultural.

En este contexto, la violencia sobre la mujer tiene un carácter instrumental al ser el vehículo utilizado para el establecimiento y consolidación de una posición de dominio y control sobre ella. Desde esta perspectiva se comprende que la violencia de género, entendida en la forma expuesta, proyecta sus efectos sobre los bienes y valores más relevantes de la esfera jurídica de la mujer. No sólo sobre los bienes jurídicos directamente lesionados por el acto violento sobre ellas realizado, vida, integridad, libertad, sino también, en términos más generales, sobre su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad y el derecho a la igualdad. Es por ello correcto enfocar jurídicamente lo que representa el problema de la violencia de género desde la perspectiva de los derechos fundamentales de la persona.

Este planteamiento ha sido confirmado por la Organización de las Naciones Unidas. En el informe aprobado en la IV Conferencia Mundial de 1995, este organismo proclamó que la violencia ejercida sobre la mujer por el mero hecho de serlo, cualquiera que sea la esfera en la que tiene lugar, pública o privada, viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales que le corresponden como persona. A lo que añadió, que la incapacidad de proteger y promover esos derechos y libertades es un problema que incumbe a todos los Estados y exige que se adopten medidas al respecto.

De todo ello se colige que la lucha contra la violencia sobre la mujer es una exigencia de justicia en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Debemos tener presente que el problema de la violencia sobre la mujer en el sentido expuesto, representa la más acusada expresión de la situación de desigualdad en que se halla respecto al hombre. Esta desigualdad se ha construido y moldeado a lo

largo de los siglos llegando a conformar unos condicionantes profundamente arraigados, que en buena medida aún permanecen latentes y que impregnan usos, comportamientos y actitudes individuales y sociales, incluso de forma inconsciente. Y hemos de reconocer que el Derecho ha contribuido decisivamente a lo largo de la historia al establecimiento y consolidación de dichos condicionamientos. El Derecho, entendido a estos efectos como norma jurídica creada por el poder estatal, ha desempeñado una función política ideológica; no ha sido siempre un puro instrumento de justicia, tal como observa Martínez Roldán citando a Prieto Barcelloña.

Hoy día, pese al formal reconocimiento de la igualdad en el plano legal, todavía persiste en nuestra sociedad una visión desvalorizadora de la mujer que en ocasiones de forma sutil se pretende encubrir bajo argumentos dotados de aparente racionalidad.

Nuestro ordenamiento jurídico abordó normativamente por vez primera el problema de la violencia sobre la mujer desde el enfoque conceptual de género y de una manera integral en la L.O.1/ 2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Entre otros aspectos que son objeto de regulación, se halla el que se rubrica como Tutela Penal, a través de la cual se aborda la protección de la mujer por medio del derecho penal. Esto se hizo acometiendo una parcial reforma de nuestro Código Penal que constituye, por ahora, a la espera del iter que seguirá el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013, el último jalón de la copiosa evolución legislativa en esta materia.

El tratamiento de la violencia de género en nuestro derecho penal sustantivo, y más concretamente su estudio desde la perspectiva político criminal, es el objeto de mi discurso de ingreso en esta Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Varias razones pueden suscitar el interés del jurista en el tema.

En primer lugar, el aspecto relativamente novedoso que representa en la tutela penal de la mujer la utilización del criterio diferencial del sexo. De novedad relativa hablamos, pues hay algún precedente en los ordenamientos penales de nuestro entorno, bien que con alcance más limitado que en nuestro Código Penal. Tal es el

caso, por ejemplo, del Código Penal sueco tras su reforma de 1998. En la Sección 4ª del Capítulo 4º recoge un supuesto de violencia habitual consistente en la comisión de un delito contra la vida y salud, contra la libertad o contra la libertad sexual cometido contra una persona con la que el autor tenga o haya tenido una relación de cercanía, si dicho acto es uno más de un reiterado trato degradante sobre ella realizado con idoneidad para producir un grave quebranto en su seguridad y confianza personal. Se contiene una previsión agravatoria específica cuando la conducta se realice por un hombre contra la mujer que sea o haya sido esposa o con la que esté o haya estado ligado por una relación de convivencia análoga a la matrimonial.

Ya con referencia a nuestro ordenamiento, este enfoque diferencial suscitó, como es sabido y veremos posteriormente, fundadas dudas sobre la constitucionalidad de los tipos penales específicos que incorporan una diferenciación penológica para la misma conducta en función del sexo de los sujetos; dudas suscitadas tanto en un relevante sector de la doctrina penal como en los diversos órganos judiciales que plantearon cuestión de inconstitucionalidad. La doctrina que estableció el Tribunal Constitucional ya desde la primera de sus sentencias, la STC 59/2008, declarando la constitucionalidad de la regulación penal cuestionada, sólo desvió el debate, pues si bien zanjó la polémica sobre ese extremo, los fundamentos que sirvieron de base a su decisión añadieron polémica a la discutida cuestión de la interpretación del alcance de los tipos penales específicos.

Desde esta perspectiva constitucional, resulta también de interés la consideración de la Ley Integral como supuesto de acción positiva. Precisamente fue éste uno de extremos sobre el que se mostró más crítico el CGPJ en su informe al Anteproyecto. Recordemos que bajo el concepto de acción positiva, en palabras de Rey Martínez, se alude al trato normativo formalmente desigual que basa la diferencia del tratamiento en la pertenencia a un grupo que comparte la posesión de un rasgo minusvalorado; es el caso de las mujeres. Se pretende con las acciones positivas proporcionar un trato normativo favorecedor de un determinado grupo, definido por un rasgo o característica que lo identifica como colectivo, y cuya posesión constituye al propio tiempo el elemento por el que resultan discriminados sus integrantes. Su finalidad es

contribuir a la eliminación de la desigualdad en que socialmente se halla el colectivo o grupo, por lo que su fundamento se encuentra en el artículo 9.2 CE

La Ley Integral recoge en este sentido un amplio elenco de acciones positivas concretas plasmadas en el reconocimiento de derechos de variada índole a la mujer víctima de violencia de género. El problema se centra, precisamente, en dilucidar si la diferenciación que la ley establece en el plano punitivo o sancionador puede ser reconducida al concepto de acción positiva. Baste ahora con señalar que la cuestión es discutible porque la propia categoría de acción positiva recibe en la doctrina modulaciones y aproximaciones conceptuales distintas, lo que explica la diversidad de respuestas. Los argumentos empleados atienden así al ámbito propio de las acciones positivas (bienes o servicios escasos), o de sus efectos sobre los colectivos afectados, el favorecido y el opuesto (correlacionando beneficio y perjuicio), para resolver la cuestión.

Otro aspecto de interés dimana de la evidente carga ideológica que impregna la materia que nos ocupa. El consenso que obtuvo en el Congreso la Ley Integral, que mereció el refrendo unánime de la Cámara, no oculta sin embargo el amplio debate que suscitó su alumbramiento en el mundo jurídico, del que fue buen ejemplo el que se desarrolló en el seno del CGPJ en la elaboración del informe al Anteproyecto. Se ha llegado a hablar (Requero Ibañez) en referencia a la definición de violencia que recoge el artículo 1 de la Ley, de visión muy militante de la violencia.

En ocasiones, las discrepancias jurídicas suscitadas, aun vestidas con argumentación en derecho, reflejan en realidad distintas concepciones sobre el problema de la violencia sobre la mujer obedientes a enfoques ideológicos de fondo diversos. En otras, la crítica que ofrece un juicio negativo o desfavorable de la ley, aunque sea aséptica, neutral y basada en criterios o argumentos puramente técnicos, es vista con recelo y desconfianza.

La neutralidad ideológica constituye así un reto para el crítico del derecho que desee abordar el estudio jurídico de esta materia con objetividad y rigor. Y hemos de convenir en que ello no es tarea exenta de dificultad.

Como tampoco lo es, la de quienes desde la praxis judicial hacen efectivo el fin y vocación de la ley cuando la aplican a los supuestos de hecho de la realidad.

En efecto, la Ley Integral erige a los órganos de la Administración de Justicia en uno de los pilares esenciales en la lucha contra la violencia de género. Ello propició críticas, en concreto en el citado informe del CGPJ, por su supuesta marcada judicialización, argumentándose en este sentido que se primaba la respuesta punitiva frente a otras vías de actuación y se judicializaba en demasía un problema social más diverso que lo que pueda ventilarse ante y por los jueces. En esta línea, Bolea Bardón llegó a afirmar que ello en realidad encubre la imposibilidad de combatir el fenómeno de la violencia de género por medio de políticas sociales adecuadas.

La censura nos parece excesiva: la gravedad del problema justifica el recurso a la Administración de Justicia, y particularmente a la penal, por la relevancia de los valores en juego. No obstante debemos reconocer que las expectativas depositadas en la Justicia por el protagonismo que se le atribuye, ha trasladado un elemento de presión sobre juzgados y tribunales, que parecen haberse convertido en principales responsables del éxito en la lucha contra la violencia sobre la mujer, lo que no es cierto.

II.- Entrando ya en el tema principal del discurso, cabe decir que las líneas generales político criminales que inspiran la regulación penal en materia de violencia de género se reflejan fundamentalmente en el marco punitivo diseñado, que comprende tanto las penas previstas para las infracciones como las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad; de otra parte se refleja también, aunque en menor medida, en la configuración de los tipos penales específicos que se contemplan en el Código Penal.

Razones de método aconsejan, antes de desarrollar la cuestión planteada, hacer un breve recorrido sobre los hitos legislativos más relevantes que jalonan el tratamiento punitivo de la violencia sobre la mujer hasta la regulación actualmente vigente.

En la evolución del tratamiento penal de la violencia sobre la mujer en los diversos Código Penales promulgados cabe apreciar varias fases.

Tradicionalmente, la tutela penal de los bienes jurídicos personales se dispensó a través de las figuras generales que incriminaban los atentados contra la vida,

integridad, libertad y seguridad, esto es, el homicidio, lesiones, amenazas, coacciones, agresiones y abusos sexuales. El vínculo de parentesco sólo se tenía en consideración como circunstancia modificativa genérica, o en algunos tipos penales, como el ya derogado delito de parricidio, de discutida naturaleza jurídica, o las faltas de malos tratos de obra de los maridos a sus mujeres y de éstas a aquéllos del Código Penal Texto Refundido de 1973; o la de maltrato de obra al cónyuge o hijo introducida por L.O.3/1989.

Fue precisamente la L.O. 3/1989, de 21 de junio, la que tipificó de forma novedosa el delito de violencia habitual familiar dando así tratamiento autónomo a dicha conducta. La Exposición de Motivos de la ley lo justificó en la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo. El legislador entendió así oportuno otorgar sustantividad propia a la violencia intrafamiliar realizada habitualmente, como realidad jurídica distinta de las infracciones en que se materializaran los distintos actos violentos que la integraban. La nueva figura sancionaba sólo la violencia física y contemplaba un reducido elenco de sujetos pasivos. Con todo, deficiencias técnicas en la configuración del tipo penal relacionadas con la dificultad de identificar el bien jurídico tutelado para evitar la posible lesión del *ne bis in idem*, fueron las que lastraron su operatividad. En efecto, el delito apenas fue aplicado por los tribunales.

En años posteriores se acometió la expansión de los contornos del delito de violencia habitual y su mejora técnica. Empero, ello se llevó a cabo de manera precipitada y poco meditada, pues en tan sólo ocho años la redacción legal del delito se modificó tres veces, lo que reflejaba la ausencia en el legislador de unos claros objetivos político criminales en el diseño de la respuesta penal al problema de la violencia intrafamiliar.

La primera gran reforma tuvo lugar con la aprobación nuevo Código Penal de 1995. Las líneas esenciales de la modificación fueron las siguientes: se mantuvo la ubicación del delito dentro de las lesiones, en concreto en el artículo 153, dentro del Título III del Libro II; se amplió la relación de sujetos pasivos, se incrementó la pena y, sobre todo, se introdujo una cláusula concursal expresa que declaraba compatible la pena del

delito con las que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

La siguiente modificación se realizó por L.O. 14/1.999, de 9 de junio, movido el legislador, según señala en su Exposición de Motivos, por la finalidad de lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas. En esencia, los extremos sobre los que se proyectó la reforma fueron estos, a saber, en la conducta típica se incluyó como novedad la violencia psíquica; se amplió, de nuevo, el círculo de sujetos pasivos con inclusión de las relaciones matrimoniales o de pareja ya cesadas; y se introdujeron criterios definitorios del concepto de habitualidad.

La L.O 14/1.999 también modificó el artículo 57 del Código Penal a fin de introducir las penas de prohibición de aproximación, de comunicación y de volver al lugar de residencia de la víctima. Importa señalar que tales penas se configuraban con carácter facultativo y su imposición no se contemplaba específicamente para los delitos relacionados con la violencia doméstica, sino en términos genéricos para los delitos atentatorios contra bienes personales, aunque se preveía también para los delitos patrimoniales.

La L.O.11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, supuso un cambio sustancial.

Así, en primer lugar, respecto al delito de violencia habitual, amplió otra vez el círculo de sujetos pasivos. Incluyó, de una parte, las relaciones noviazgo cobijándolas bajo la expresión “persona ligada al autor por análoga relación de afectividad aun sin convivencia”; y de otra, a personas no vinculadas con el autor por lazos de parentesco sino de dependencia o subordinación. Con ello, ciertamente, se desnaturalizó el delito de violencia habitual en su configuración como delito de violencia doméstica. Como bien señala Bolea Bardón, ahora el delito incluye tres modalidades de violencia, la doméstica, de género y asistencial. Asimismo, reubicó sistemáticamente el delito, que fue trasladado hasta el artículo 173.2 del Código Penal, lo que permitió una mejor comprensión del bien jurídico tutelado, la integridad moral, tal como la mejor doctrina ya venía observando. Con ello, dio cabal solución a los problemas concursales que pese a la cláusula legal introducida en la anterior reforma, seguía suscitando su

ubicación dentro del Título III del Libro II. Por otra parte, se precisa el requisito de la habitualidad y se añade un subtipo agravado en razón a la concurrencia de diversas circunstancias en la ejecución del hecho.

En segundo lugar, y esta es la modificación más significativa desde el punto de vista político criminal, el legislador se sirve del recurso o técnica de convertir faltas en delito; en concreto, las faltas de lesiones y de maltrato de obra y de amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos tipificadas en los artículos 617.1 y 2 y 620.1 respectivamente del Código Penal, se elevan a categoría de delito cuando entre el autor y el ofendido mediara alguna de las relaciones personales contempladas en el delito de violencia habitual. Tales conductas ahora se recogen en el artículo 153 del Código Penal, carente de contenido tras la reubicación del delito de violencia habitual. Para estas nuevas infracciones se prevén penas de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años.

La trascendencia de tal criterio demandaba una adecuada justificación que explicara cuál era el fundamento material de la agravación de la conducta. Llama la atención, sin embargo, que el legislador prescindiera de explicar en la Exposición de Motivos dónde se hallaba el plus de injusto, limitándose a justificar la modificación en términos puramente utilitaristas, al afirmar que con ello se pretendía abrir la posibilidad de imponer pena de prisión.

Apenas transcurridos dos meses, se aprueba otra reforma del Código Penal por medio de la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre que, aunque no afecta a las figuras delictivas anteriores, sí modificaba de manera sustancial el artículo 57 del Código referido a la pena de alejamiento. Se extendió su duración, haciendo posible su simultáneo cumplimiento con la de prisión, y dispuso su imperativa aplicación para los delitos de violencia familiar.

La última fase del iter legislativo es la L.O.1/2004. Como advierte Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, la ley integral es un punto de inflexión en la regulación legal de la violencia sobre la mujer. Por dos razones: primero porque, como antes señalamos, de manera novedosa se recurre al denominado enfoque de género como categoría conceptual, que se emplea como perspectiva de análisis del problema y fundamento de toda la normatividad que desarrolla la ley, así como de legitimación

constitucional del trato diferenciador que establece. En segundo lugar, se presenta con una dimensión integral que pretender abarcar, regulándolas, todas las posibles facetas del problema.

En este sentido contempla un conjunto de medidas de prevención, sensibilización, detección, asistencia y represión que discurren por los ámbitos educativo, socio-laboral, sanitario, asistencial y judicial, y en este último tanto desde el punto de vista institucional u orgánico como procesal y sustantivo.

La ley en su artículo 1 delimita su ámbito aplicativo al disponer en el párrafo primero que la misma *“tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”* Y en el segundo párrafo añade *“ la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.*

La aparentemente omnicompreensiva rúbrica de la Ley(recuérdese que se presenta como de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) se ve contradicha por el precepto transcrito, que en términos claros ciñe o limita subjetivamente su ámbito de aplicación en exclusiva a la violencia sobre la mujer en el seno de la relación de pareja, dejando extramuros otras manifestaciones de violencia ejercida sobre la mujer en razón a su sexo, sea en el entorno doméstico al margen de la relación de pareja o en general en la sociedad. Se trata de una opción del legislador cuya justificación, a falta de una explícita referencia en la Exposición de Motivos, pudiera hallarse en razones de búsqueda de eficacia de la norma.

De los diversos aspectos normativamente desarrollados en la Ley me detendré en el correspondiente a la Tutela Penal contenido en el Título IV bajo esa misma rúbrica. La ley lleva a cabo una modificación parcial del Código Penal por la que otorga una tutela penal reforzada a la mujer víctima de violencia en el seno de la relación de pareja, que extiende también a personas especialmente vulnerables que convivan con el autor. Ahora bien, tal protección reforzada se limita, salvo la modificación que lleva a cabo del delito de lesiones del artículo 148 del Código Penal, a las manifestaciones

más leves de violencia, esto es, las que se corresponden con los actos de violencia constitutivos de faltas de lesiones y maltrato de obra y faltas de amenazas y coacciones leves. Como consecuencia de ello, sólo permanecen como falta, en ese contexto relacional, las vejaciones injustas y las injurias leves. Las tres figuras delictivas indicadas presentan la misma estructura: constan de un tipo básico que recoge la conducta incriminada y dos subtipos, agravado y atenuado. El tipo básico se sanciona con pena de prisión de seis meses a un año; como alternativa a la anterior, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años; se prevé además con carácter facultativo la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Así mismo con carácter imperativo la prohibición de aproximación con la víctima.

En el subtipo agravado, sobre la base de la concurrencia de diversas circunstancias de la ejecución, configuradas en términos de alternatividad, se dispone la aplicación de las penas del tipo básico en su mitad superior. El atenuado, basado en circunstancias reveladoras de una menor antijuridicidad o culpabilidad, se sanciona con la pena inferior en grado a aquéllas.

Ahora bien, el Código Penal paralelamente mantiene la sanción como delito de las mismas conductas constitutivas de faltas de lesiones y maltrato de obra sin lesiones y amenazas leves con armas o instrumentos peligrosos llevadas a cabo en el ámbito doméstico (definido a tal efecto con remisión al artículo 173.2 del Código Penal) disponiendo las mismas penas, con la única diferencia de que el límite inferior de la pena de prisión es de tres meses y no seis.

De ello se colige que, cuando se trata de la misma conducta violenta leve realizada en el ámbito de la relación de pareja, la diferenciación que se establece cuando la autoría es masculina respecto a cuando es la mujer la agresora (al margen de la no incriminación de las coacciones leves como delito para ella), estriba en la duración de la pena de prisión.

El sistema de penas se completa con varias novedades en relación con las instituciones de la suspensión de condena y sustitución de penas, como formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad, en las que cuando se tratare de delitos de violencia de género, dispone la imperativa imposición como

condiciones o reglas de conducta de las prohibiciones de acudir a determinados lugares, aproximarse y comunicarse con la víctima. Además, en la suspensión de condena establece el deber de participar en programas formativos, y en la sustitución la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico.

Esta es, en sintética exposición, la regulación penal vigente en materia de violencia de género.

III.- Examinaremos en primer lugar el sistema penológico o sancionador.

A) El marco punitivo que se establece sirve a los fines de prevención general y especial propios de las penas. Recordando a Cerezo podemos decir, que la prevención general busca mediante la amenaza que representa la pena disuadir a los ciudadanos de cometer el delito; pero éste es el efecto negativo de la pena, junto al que se reconoce otro, denominado positivo, que tiende a afirmar el Derecho en la conciencia de sus destinatarios, en palabras de Mir Puig. En definitiva, la eficacia preventiva general despliega sus efectos respecto a la generalidad de la sociedad. Por el contrario, la prevención especial se dirige sobre quien ya delinquiró y pretende evitar que lo haga de nuevo, bien buscando su readaptación o corrección, bien mediante su inocuización.

De las penas previstas en materia de violencia de género, la de prisión, por su significado de intimidación, sirve a los fines de prevención general y especial, sin perjuicio de que en su dimensión penitenciaria tenga predominantemente la orientación resocializadora exigida por el artículo 25.2 de la CE.

La Exposición de Motivos de la Ley Integral justifica el endurecimiento que experimenta esta pena, precisando que el propósito de la ley es mostrar firmeza de cara a la ciudadanía y colectivos de mujeres, especialmente aquéllas que sufren este tipo de agresiones. Se lanza así una clara advertencia a la ciudadanía sobre las consecuencias de la comisión del delito. Pudiera así pensarse que con ello el legislador expresa su convicción de que a través del reforzamiento punitivo se logrará reducir la cifra de delitos merced al efecto preventivo general o la inocuización del agresor.

Sin embargo, la particular referencia que se hace a los colectivos de mujeres y especialmente a las maltratadas, parece situar la justificación del endurecimiento en la obtención de una especie de satisfacción moral o emocional del colectivo afectado, lo que de ser cierto supondría una instrumentalización de la pena de prisión al servicio de fines que no le son propios. Cabe preguntarse en suma, si ello no será expresión de un

populismo punitivo en el legislador, más atento a dar satisfacción a la ciudadanía, o parte de ella, que a diseñar un sistema punitivo que responda eficaz y proporcionadamente frente al fenómeno delictivo. Se ha advertido en este sentido que la pena de prisión resulta excesiva y desproporcionada en razón al contenido de antijuridicidad de las conductas, considerando que ahora se prevé también para las amenazas leves sin armas y coacciones leves.

Es lo cierto, sin embargo, que el incremento es de escasa significación en la conducta de violencia física leve, pues solo afecta al límite mínimo pero no al máximo de la pena prevista, que permanece invariable; y además, la previsión del subtipo atenuado para todas las modalidades de conducta, permite ajustar la pena al grado de anjuridicidad y culpabilidad que el hecho y el autor representen.

Por ello, cabe también defender que lo que pretende la ley con el endurecimiento de la pena de prisión es simplemente contribuir a la construcción de un espacio de confianza para el ejercicio de los bienes y valores jurídicos tutelados.

Cuestión distinta es la valoración que el endurecimiento punitivo merezca desde el punto de vista de su idoneidad para la consecución de los fines perseguidos. En nuestra opinión y con la perspectiva que aporta la experiencia aplicativa de estos años, la agravación de la pena de prisión en los casos de amenazas y coacciones leves sí parece haber reforzado la posición jurídica de la víctima y proporcionado mayores niveles de confianza y seguridad en ellas; y también posee un mayor efector disuasor, dado que el propósito de sancionar con severidad cualquier acto de violencia realizado sobre la mujer en el ámbito de la relación de pareja, ha tenido una amplia difusión pública propiciando incluso un intenso debate social.

Las demás penas, es decir, la de trabajos en beneficio de la comunidad, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y las de alejamiento parecen vinculadas primordialmente a fines de prevención especial y protección de la víctima. Respecto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en su formulación legal inicial tras su introducción en el CP de 1995, la doctrina destacó su carácter aflictivo y su dimensión retribucionista(Bernal Valls). Sin embargo, tras la reforma del CP por ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, que contemplaron

la posibilidad de desarrollar la actividad de utilidad social en que consiste la pena mediante la participación del penado en programas reeducativos y formativos, prevalece su orientación rehabilitadora.

Podemos por todo ello decir, que el modelo punitivo en materia de violencia de género responde, en apariencia, a una orientación que combina la prevención especial y la reeducación y rehabilitación del penado basándose en razones de peligrosidad del mismo y de protección de la víctima.

La justificación de la pena desde los parámetros de la peligrosidad del autor del delito y la protección de la víctima es una opción legítima y razonable del legislador. Como señalara Cuello Calón, las primitivas diferencias entre penas y medidas de seguridad se han ido progresivamente desdibujando y la evolución conceptual de la pena aproxima cada vez más ésta a la medida de seguridad.

Nada puede objetarse por tanto a que las penas se orienten primordialmente a la prevención de futuras situaciones de riesgo sobre la misma u otras potenciales víctimas. Antes al contrario, en materia de violencia de género es probablemente más patente que en otros sectores de criminalidad, la oportunidad de esa función y finalidad; precisamente por la singularidad del contexto personal en que se produce el hecho y los complejos factores que explican la violencia.

En efecto, el ámbito relacional de pareja, constituye de suyo un marco de relación interpersonal complejo en el que se entremezclan afectos y sentimientos, se generan interdependencias e intereses comunes. La inserción de la violencia en ese ámbito, sobre todo cuando se instaura como patrón de conducta, puede producir un debilitamiento de la posición de la víctima y por ende su vulnerabilidad. Esto justifica sobradamente que se priorice la protección de la víctima como fin especialmente perseguido con la pena. Las llamadas penas de alejamiento, básicamente prohibiciones al condenado de aproximación y comunicación con la víctima, pueden ser en este sentido instrumentos idóneos para ello.

Por otra parte, la violencia de género, entendida en la plástica forma descrita en el citado artículo 1 de la L.O. 1/2004, obedece a factores diversos entre los que los de tipo individual son especialmente relevantes. Es cierto que la violencia que responde al modelo machista se asienta en unos patrones socio culturales profundamente

arraigados que conllevan una minusvaloración de la mujer, pero la mera presencia de los mismos en un concreto sujeto no explica sin más el acto violento. En otras palabras, no todo hombre calificable como machista es un potencial maltratador. Como indica Echeburúa, el maltrato doméstico es resultado de un estado emocional intenso-la ira- que interactúa con unas actitudes de hostilidad, un repertorio de conductas pobre(déficit de habilidades de comunicación y de solución de problemas) y unos factores precipitantes(situaciones de estrés, consumo abusivo de alcohol, celos, etcétera) y desde luego la percepción de la vulnerabilidad de la potencial víctima.

Las más recientes aportaciones desde la psicología permiten sostener que en la mayor parte de las conductas violentas intrafamiliares están presentes alteraciones o síntomas psicopatológicos que abarcan desde el campo cognitivo, como las distorsiones en la percepción de la figura de la mujer o la relación de pareja, a las emocionales, o a la carencia de recursos y estrategias para la solución de conflictos interpersonales.

Así pues, aunque no cabe establecer un patrón o perfil único de maltratador ni tampoco sostener que el maltrato es consecuencia de un sustrato patológico, la empírica constatación de la habitual presencia de los factores citados en la conducta de maltrato, permite tanto la formulación de pronósticos de reiteración, y por tanto de riesgo, basados en la apreciación de su concurrencia, como la consideración de tratamientos orientados al control o mejora de las deficiencias psicológicas generalmente presentes en el agresor, con la finalidad de lograr tanto su reeducación como la protección de la víctima.

Si se admite este planteamiento, el enfoque preventivo especial y el diseño de estrategias reeducativas y formativas a través los instrumentos indicados parecen ciertamente las soluciones penológicas más correctas y eficaces en materia de violencia de género. Esta es la orientación de la ley, y en este aspecto sería merecedora de un juicio favorable.

Ahora bien, el problema estriba, a nuestro juicio, en que el legislador parece haber construido el marco punitivo desde una premisa cuando menos discutible, la presunción normativa de peligrosidad del autor de la conducta de maltrato, que establece con carácter **iuris et de iure**. Así se deduce concretamente de la

configuración de la denominada en terminología forense pena de alejamiento y del régimen de las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Detengámonos, en primer término, en el tratamiento legal del alejamiento.

Conviene aclarar, con carácter previo, que bajo esta denominación se comprenden en realidad diversas figuras de diferente naturaleza jurídica, aunque materialmente idénticas. El alejamiento, en efecto, puede ser impuesto como pena, como medida cautelar, medida de seguridad y como regla de conducta. En todos los supuestos implica una prohibición al destinatario de la misma de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras persona que determine el Juez o tribunal, y rebasar un determinado ámbito espacial de seguridad respecto a las persona o personas cuya protección se pretende.

En cuanto pena, su naturaleza es la de pena privativa de derechos. La prohibición en que se concreta supone, según ha precisado el Tribunal Constitucional (STC 60/2010 de 7 de octubre) una restricción de los derechos fundamentales a la libertad de residencia y libre circulación (Art. 19.1 CE) y al libre desarrollo a la personalidad(Art. 10 CE); no así al derecho a la intimidad familiar. Por otra parte, es una pena accesoria sui generis, pues no se contempla en función de otras penas, sino subordinada a determinados delitos.

La ley contempla con carácter general esta pena en el artículo 57.1 del CP en relación con los delitos que tutelan bienes personales (vida, integridad, libertad, honor, intimidad) pero también en los patrimoniales y contra el orden socioeconómico, atribuyendo al Juez o Tribunal la facultad de su aplicación atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Esto es, se hace depender la aplicación de la pena de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva efectuado a partir de la gravedad del hecho o la peligrosidad del autor; la imposición de la pena es por tanto ejercicio de un arbitrio reglado.

Sin embargo, cuando tales delitos se cometen en el ámbito doméstico (y no sólo en el contexto de la relación de pareja) se prevé con carácter imperativo, es decir, prescindiendo de dichos presupuestos. Así se recoge en el mismo artículo 57 en su número 2.

Se ha cuestionado la constitucionalidad de la pena así configurada en el ámbito doméstico, por su supuesta contradicción con el principio de personalidad de las penas

(artículo 25.1 CE), con el derecho de la víctima a no padecer indefensión (artículo 24.1 CE), con el principio de proporcionalidad de las penas (artículo 25.1 en relación con el 9.3 de la CE) y con las libertades de residencia y circulación (artículo 19 CE). Se argumenta en este sentido, que la proyección de los efectos de la pena sobre la propia víctima por su bilateralidad y la prescindencia de la voluntad de ella en la decisión sobre su imposición, vulneraría aquéllos dos primeros derechos constitucionales; y que la previsión legal de dicha pena con carácter general y facultativo, al margen de los casos de violencia doméstica, hace que la misma en este ámbito resulte innecesaria, inidónea y desproporcionada.

El Tribunal Constitucional en su STC 60/2010 de 7 de octubre, desestimó la cuestión de inconstitucionalidad y declaró conforme a la Constitución el artículo 57.2 del Código Penal. Con toda razón rechazó que el precepto vulnerara el principio de personalidad de las penas sobre la base de la distinción de los efectos propios de la pena, que inciden directa e inmediatamente en exclusiva sobre el penado como destinatario de la prohibición, de aquellos otros efectos indirectos o mediatos incidentes sobre otros derechos o intereses legítimos, como es el caso de la víctima.

De ello se deriva que la valoración crítica de los efectos que sobre la esfera jurídica de la víctima conlleva el alejamiento rebasa la dimensión constitucional y debe ceñirse al plano de la política criminal.

Más interesante es la argumentación empleada por el Tribunal Constitucional para salvar el escollo del principio de proporcionalidad. De ella cabe destacar la idea que formula sobre la finalidad perseguida por la pena, que no se vincularía solamente a fines preventivo-especiales y cautelares de protección de la víctima y disminución del riesgo de reiteración, sino también al de protección de los bienes jurídico-constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el precepto. De esta forma, la imposición imperativa de la pena de alejamiento encuentra justificación desde consideraciones preventivo-generales que parecen dejar en un plano secundario la protección de la víctima, al menos desde el punto de vista de la justificación de su constitucionalidad.

Ahora bien, el alejamiento del agresor respecto a la víctima se impone también imperativamente ex lege cuando se otorgan los beneficios de suspensión de ejecución y sustitución de penas. Se produce así un solapamiento entre pena y regla de conducta

que genera importantes distorsiones prácticas, pero sin aportar realmente mayores niveles de seguridad para la víctima.

En resumen, en cuanto al alejamiento, por criterio legal se sustrae del Juez o Tribunal la ponderación de las concretas circunstancias del caso, y en especial del autor del hecho, para valorar la oportunidad de su imposición en razón a un pronóstico de riesgo de reiteración, que es presumido por el legislador. Consecuentemente, tampoco se prevé mecanismo alguno de revisión del pronóstico.

A nuestro juicio, este criterio no parece tener más explicación que el propósito de someter al penado a un mayor control endureciendo las condiciones de la ejecución de las penas.

Llegados a este punto, es oportuno reflexionar sobre el papel asignado a la mujer víctima del delito en el marco normativo vigente.

Como antes decíamos, las dudas que desde el punto de vista constitucional suscitaba la imposición del alejamiento al penado prescindiendo de la voluntad de la víctima por la incidencia sobre ella de sus efectos, han sido despejadas por el Tribunal Constitucional.

Así mismo, el T.J.U.E. en su Sentencia de 15 de septiembre de 2011 resolvió sobre la decisión prejudicial ante él planteada respecto a la conformidad de la regulación de la pena de alejamiento en materia de violencia de género, con la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. En concreto, la cuestión se centraba en el análisis de los artículos 2, 8 y 10 de la Decisión. El artículo 2 indica que los Estados reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal y que éstas sean tratadas con respeto a su dignidad personal, reconociéndose sus derechos e intereses. A juicio de T.J.U.E. dicho precepto no se opone a la imposición preceptiva del alejamiento por tiempo determinado aunque la víctima se oponga, pues el artículo debe ser interpretado en el sentido de que la exigencia que impone solo conlleva la obligación de dar la posibilidad a la víctima de ser oída en el proceso exponiendo su punto de vista y que su declaración pueda ser tenida en cuenta como elemento de prueba. Y respecto al artículo 8, que impone a los Estados la obligación de garantizar a las víctimas un adecuado nivel de protección, sentó la misma conclusión argumentando

que los Estados no resultan obligados a permitir que las víctimas influyan sobre las penas a imponer ni que la protección se extienda a los posibles efectos indirectos de las penas. Añade una importante declaración, a saber, que el artículo 8 tampoco puede ser interpretado como una limitación a los Estados miembros a la hora de determinar las sanciones penales que establecen en su ordenamiento interno.

Queda claro, pues, que el artículo 57.2 del Código Penal no es contrario a la CE ni a la normativa de la UE.

Otra cosa es el juicio que merezca desde el punto de vista político criminal el criterio adoptado por el legislador en relación con el papel de la víctima.

La ley erige como uno de sus objetivos fundamentales la protección de la mujer. Por las razones ya comentadas sobre la significación y alcance del problema de la violencia de género, dicho objetivo es ciertamente insoslayable. En la Ley Integral se acomete de varias maneras. De una parte a través de la tutela penal reforzada de sus bienes jurídicos personales en el ámbito de la relación de pareja. De otra, por medio de específicas medidas cautelares de protección personal que complementan el sistema cautelar general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; a lo que se añaden los medios electrónicos de control del cumplimiento de las medidas de alejamiento. Así mismo, mediante el reconocimiento de un conjunto de derechos de variada naturaleza que conforman el estatuto de víctima, en concreto el derecho a la información, a la asistencia social integral, a la asistencia jurídica gratuita; derechos de tipo laboral y de seguridad social; derechos en el ámbito funcional y económicos.

Ahora bien, la forma en que provee concretamente a su protección personal a través del alejamiento en la forma que hemos visto es cuestionable pues, a nuestro modo de ver, parece teñir de un cierto paternalismo la consideración del papel de la mujer como víctima. La previsión de su imposición imperativa no solo supone presumir la necesidad de su tutela en todo caso, lo que resulta cuando menos discutible, sino que al hacerlo sin consideración a su voluntad, trasluce las dudas del legislador sobre la capacidad de la propia víctima de decidir responsablemente sobre su situación personal. Se ofrece con ello una visión estereotipada de la mujer víctima de un hecho de violencia, como persona cuya capacidad de autodeterminación responsable está mermada significativamente.

En nuestra opinión, este modelo de víctima responde a una visión generalizadora, y por ende simplificadora del problema. Es un arquetipo característico de la mujer que padece el llamado síndrome de la mujer maltratada. Este viene definido por la aparición de ciertos efectos psicológicos (se ha establecido incluso su analogía con el síndrome de stress postraumático) manifestados en cuadros fóbicos, ansiedad, depresión, trastornos disociativos, etc. y se traduce en un debilitamiento de los resortes psicológicos de la mujer para hacer frente al maltrato, lo que la torna más vulnerable aun.

La práctica forense enseña, sin embargo, que tal estado suele estar presente en las víctimas sometidas a situaciones de violencia habitual, cuando la violencia se instaura por parte del hombre como patrón de conducta al servicio instrumental del control de la mujer. Sin embargo, en los demás casos, y más particularmente en los de violencia leve aislada u ocasional, la mujer víctima no responde necesariamente a esa imagen estereotipada. Llamando dicho, no es cierto que siempre que tiene lugar un acto de violencia sobre una mujer por su pareja, la víctima es una persona carente de capacidad para decidir de forma autónoma y responsable.

En definitiva, se está utilizando un determinado modelo uniformador de víctima para justificar la absoluta prescindencia del consentimiento y voluntad de la mujer so pretexto de su protección.

La praxis refleja sin embargo una realidad mucho más compleja. En efecto, en no pocas ocasiones, la víctima adopta una actitud procesal renuente a la colaboración en el procedimiento para evitar aquella consecuencia jurídica, el distanciamiento respecto al agresor. No son en este sentido infrecuentes los casos en que la mujer retira su denuncia o se niega a testificar amparándose en la dispensa prevista por razón de parentesco (artículo 416 de la L.E.Crim); o bien se retracta de su denuncia o previa declaración propiciando su eventual imputación por posible delito de denuncia falsa o falso testimonio(según datos del C.G.P.J correspondientes a 2012, hubo 15.592 renuncias al proceso, que representan un porcentaje del 12'13 por ciento de las denuncias presentadas). En otras ocasiones, recaída sentencia condenatoria, es la propia víctima la que impetra el alzamiento de la pena de alejamiento. En algunos casos, apoyando incluso personalmente una petición de indulto del agresor (las solicitudes son siempre rechazadas por el Consejo de Ministros, incluso las que están

respaldadas por la víctima y tienen informe favorable del órgano judicial sentenciador y del Ministerio Fiscal. Este criterio de política criminal ha sido invariablemente mantenido por los diversos ejecutivos de diverso signo político que se han sucedido desde la entrada en vigor de la Ley Integral, operando así como elemento de cierre de un sistema que veda toda virtualidad a la voluntad de la víctima). Por último, hay también supuestos en que la víctima acepta el retorno del agresor o colabora activamente en la reanudación de la convivencia vedada, lo que ha dado lugar al problema de la admisibilidad de la participación de la víctima en el delito de quebrantamiento de condena cometido como autor por el agresor condenado.

Esta actitud de la víctima, que resulta difícilmente comprensible para quienes no conocen a fondo el problema de la violencia de género, encuentra explicación en diversas razones, la confianza, generalmente vana e ilusoria, en un cambio en el agresor, dificultades económicas, falta de apoyo, incompreensión familiar, dependencia emocional respecto al agresor, miedo, renuncia a aceptar el fracaso de su proyecto vital familiar, desconfianza en la Administración de Justicia, etcétera.

A nuestro juicio, sin embargo, tales circunstancias no convierten sin más a la mujer en un sujeto desvalido cuya voluntad deba obviarse en todo caso y ser sustituida por la voluntad estatal.

B) Otro aspecto que debemos considerar en el análisis del modelo punitivo desarrollado por el legislador, es de los instrumentos legales que introduce orientados a la rehabilitación del agresor. Se contemplan, como vimos, en la imperativa sujeción del penado a tratamiento formativo y rehabilitador en los supuestos de suspensión de condena y sustitución de penas y en este último caso, además, su sumisión a tratamiento psicológico. La ley Integral prevé también la intervención terapéutica del maltratador a través de específicos programas psicológicos para los penados internos en centros penitenciarios. Así se dispone en su artículo 42.

Esta estrategia terapéutica recibió objeciones críticas; no sólo desde posiciones identificables ideológicamente como feministas, reacias a admitir, con un erróneo enfoque economicista de la cuestión, la aplicación de fondos públicos a los maltratadores en supuesto detrimento de los destinados a las víctimas, sino también desde el plano estrictamente científico (Lorente). No obstante, dado el imperativo

criterio legal, hubo de procederse al desarrollo de dicha previsión, habiéndose implantado ya específicos programas para maltratadores que están siendo aplicados tanto a los condenados internos como a los penados no internos a los que se conceden aquellos beneficios.

Desde la perspectiva político criminal, no interesa tanto entrar en el debate científico sobre la eficacia de los tratamientos, como la identificación del modelo a que responden.

En este sentido, a nuestro juicio, la previsión legal parece más obediente a una estrategia de control del penado que a su efectiva rehabilitación. Como admiten quienes defienden su eficacia terapéutica (señaladamente Echeburúa, que desarrolló el programa adoptado por Instituciones Penitenciarias) el agresor debe cumplir ciertas premisas, como son el reconocimiento del maltrato, la asunción de la violencia ejercida y mostrar una motivación mínima para el cambio.

El problema estriba, sin embargo, en que el legislador ha concebido el seguimiento de tales programas como condicionante para la obtención de determinados beneficios penológicos (suspensión y sustitución de penas) o penitenciarios (como elemento de valoración para las progresiones de grado, permisos y libertad condicional). Las ventajas secundarias al tratamiento pueden por ello mediatizar la motivación del agresor, cuya aquiescencia y aceptación al mismo pueden resultar así viciadas y comprometer sus expectativas.

En la motivación para el tratamiento se ha visto precisamente la base de su éxito, y en su ausencia, la explicación de buena parte de los numerosos abandonos de quienes incluso voluntariamente asumieron su seguimiento.

Así las cosas, parece razonable cuestionar que la imperativa imposición de la terapia a los penados por violencia de género como regla de conducta u obligación penitenciaria, obedezca realmente una estrategia rehabilitadora del legislador y no a una política de mero endurecimiento de la respuesta punitiva.

IV.- El segundo elemento de la regulación legal que consideraremos para valorar las líneas de política criminal subyacentes, son los tipos penales.

Como ya dijimos, la Ley Integral limita la tutela penal reforzada a los supuestos de lesiones del artículo 148 del CP, lesiones leves y malos tratos de obra, amenazas y

coacciones leves. Todos ellos responden al mismo esquema estructural, esto es, la descripción de la conducta incriminada, la determinación de la relación personal existente entre sujeto activo y pasivo y las penas con que se conminan las conductas prohibidas. Los tipos no incorporan ningún elemento subjetivo teleológico relativo a la finalidad perseguida por el autor, ni de carácter objetivo referente a la existencia de una posición de dominio sobre la víctima, pese a que la Ley proclama en su artículo 1.2 que la violencia contra la que pretende actuar es la que es manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre sus mujeres.

La doctrina se ha planteado por ello si los tipos penales deben ser interpretados conforme al paradigma que define el objeto de la Ley o, por el contrario, si basta para su aplicación la realización de la conducta prohibida en el contexto personal típico con independencia de su significado o motivación.

Esta dualidad interpretativa alcanzó también a los tribunales, con negativas consecuencias para la seguridad jurídica. Por razón de los criterios de atribución de competencia objetiva, el enjuiciamiento de delitos contenidos en los tipos específicos corresponde en primera instancia a los Juzgados de lo Penal y en apelación a la Audiencia Provincial, de forma que sólo cuando por conexión con otros delitos graves el enjuiciamiento se atribuyera a la Audiencia, podría por vía de casación llegar la cuestión al ámbito decisorio del Tribunal Supremo. La consecuencia de todo ello ha sido la polarización de la respuesta judicial a nivel de Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales en torno a esas dos posibles interpretaciones, de suerte que el mismo supuesto de hecho ha sido merecedor de divergentes respuestas jurídicas, con las notables diferencias penológicas que de ello se derivan.

En buena medida, el planteamiento de esta cuestión obedecía a las dudas que se suscitaban sobre la constitucionalidad de los tipos penales, pues para algún sector doctrinal la primera de dichas interpretaciones era la única que permitía salvar los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

El formal cuestionamiento de la constitucionalidad de los tipos específico generó por ello una notable expectativa, no sólo por el sentido de la decisión del TC sobre este extremo, sino también por la previsible aportación por el Tribunal de criterios aclaratorios de la cuestión debatida. Sin embargo, como ya dijimos, eso no ha sido así.

Como se recordará, la primera Sentencia que dictó el TC fue la 59/2008, de 14 de mayo de 2008, en la que se suscitaba la constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal. En ella se establece la fundamentación jurídica que sirve de base a la declaración de conformidad con la CE del precepto cuestionado, que se reiteró para la resolución de las otras cuestiones planteadas respecto a los demás tipos penales. Los tres años que transcurrieron desde su formulación por el juzgado de lo penal proponente hasta el dictado la sentencia resolutoria por el TC y los 4 votos particulares que incorpora, son de suyo suficientemente elocuentes de la dificultad del problema abordado.

Las dudas de constitucionalidad afectaban a los artículos 10, 14, y 24.2 de la CE. Por una parte, el proponente entendía que la ley establecía una discriminación por razón de sexo que derivaba de la configuración de los sujetos activo y pasivo, hombre y mujer respectivamente, y la disparidad del trato punitivo para la misma conducta según el autor fuere uno u otra. De otra parte, se esgrimía la violación del principio de culpabilidad como principio estructural básico de nuestro Derecho Penal, emanado del de la dignidad personal, así como del principio de presunción de inocencia.

Del conjunto argumental expresado en la fundamentación de la sentencia del TC, debemos detenernos, en primer lugar, en lo que constituye el argumento nuclear del análisis atinente al principio de igualdad. Es aquí, precisamente, donde se observa que la decisión del tribunal responde a la distinción que efectúa entre género y sexo. El sexo es el elemento utilizado por el legislador como criterio de diferenciación, es decir, como circunstancia sobre cuya descripción se articula normativamente la diferencia de trato. Pero la razón última que justifica y explica la diferenciación es el género, es decir, el rol atribuido al individuo, hombre y mujer, basado en la construcción sociocultural de sus identidades, que define su posición y función sociales con arreglo a un criterio jerarquizador en el que la que la mujer asume un papel subordinado.

Y es a partir de la constatación de la diferente posición frente a la violencia en que por razón de género se encuentran hombre y mujer en el contexto relacional de pareja, en la medida en que la violencia sobre ella ejercida es reproducción de un modelo arraigado en la sociedad, lo que explicaría que el legislador aprecie, razonablemente según el TC, la necesidad del reforzamiento de los derechos de la mujer a través del incremento punitivo. Al mismo tiempo, dicha tutela penal

respondería al fin, también legítimo, de contribuir a la eliminación de tales roles para procurar la consecución de igualdad real y efectiva en que se encuentra la mujer. Por tanto, aquellas objeciones contenidas en alguno de los votos particulares argumentando que en realidad el sexo es el único factor determinante del tratamiento diferenciador, desconocen el sentido del planteamiento de la Ley Integral.

Pero son los razonamientos empleados por el TC para desestimar las alegaciones sobre la contrariedad de los tipos específicos a los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia, los que propician las dudas sobre el sentido y alcance de los mismos. A juicio del órgano proponente de la cuestión, el legislador sienta una presunción de mayor desvalor en la conducta del hombre agresor por concurrir una intención discriminatoria, un abuso de superioridad o una situación de vulnerabilidad de la víctima; así mismo atribuiría al agresor una especie de responsabilidad colectiva como integrante del grupo agresor, los varones. Sin embargo el TC, con razonamiento que se ha calificado de apodíctico y elusivo, precisa que no hay tal presunción sino una constatación razonable de su mayor lesividad deducida *de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la relación de pareja*. El acto violento sobre la mujer en el contexto relacional de pareja en sí mismo considerado estaría dotado de un plus de lesividad por lo que representa.

Al autor se le responsabiliza en exclusiva por el hecho realizado con el objetivo significado que éste tiene, es decir, por llevar a cabo un acto de violencia, no por ostentar ninguna cualidad o rasgo personal determinado, en este caso el ser hombre. Y desde el punto de vista del principio de culpabilidad, el reproche se basaría en la voluntariedad de su realización. Cuestión distinta es el contenido del dolo, es decir, si éste cubre sólo la voluntad de realizar el hecho o exige también el conocimiento de su significación como reproducción del modelo de dominación que el legislador aprecia.

Así las cosas, dado que la constitucionalidad de los tipos penales específicos parece descansar en una determinada interpretación del sentido de la norma cuestionada, se ha achacado incongruencia a la sentencia al no haber trasladado al fallo dicha interpretación. De hecho, todos los votos particulares contienen esa censura. La consideración de la sentencia dictada como interpretativa de rechazo no es sin

embargo pacífica; en contra se pronuncia Aláez Corral, para quien la dicción literal de la sentencia y las premisas de las que parte hablan en contra de atribuirle ese carácter.

A nivel jurisprudencial, en el momento actual la cuestión parece decantarse a favor de interpretar los tipos penales específicos conforme a los postulados del artículo 1 de la L.O 1/2004. Así se desprende de las STS 653/2009, de 25 de mayo; 654/2009 de 8 de junio y 1177/2009, de 24 de noviembre. De forma elocuente, esta última dice:

“ no toda acción de violencia en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia que castiga el nuevo art. 153 del CP. modificado por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género , sino sólo y exclusivamente – y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley- cuando el hecho sea “ manifestación de la discriminación ,de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”.

Ahora bien, esta interpretación, por más que se apoye en un argumento sistemático de peso, rebasa el sentido literal de la ley penal y, en cierta medida, soslaya el enfoque dado por el TC. Además, abre la puerta a dificultades prácticas en la persecución de la violencia de género, al otorgar relevancia penal a los elementos fácticos que permiten constatar la motivación del autor o la posición que tengan agresor y víctima en la relación de pareja.

Lo destacable, en definitiva, a nuestro juicio, es que el legislador al prescindir en la construcción de los tipos específicos de toda referencia al significado de la conducta como expresión de dominio sobre la mujer, identifica violencia de género con cualquier acto de violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja propiciando con ello una criticable asociación de la condición masculina a la conducta de maltrato. Además, ofrece una respuesta uniformadora que somete a la misma consideración situaciones disímiles. En este sentido algunos autores, como Subijana, clasifican la conducta violenta intrafamiliar en tres modalidades, la violencia de dominio, la coyuntural y la cruzada. La distinción puede parecer artificiosa, pero sirve para poner de relieve que no todo acto de violencia necesariamente responde a ese modelo homogeneizador que el Código Penal ofrece.

Pudiera parecer, sin embargo, que la propia Ley Integral participa de esta idea. Al regular la competencia de los Juzgados de Violencia en su artículo 44, que modifica el artículo 87 ter de la L.O.P.J. , prevé que cuando el juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente. Empero, la interpretación del alcance de este precepto dista de ser clara, pues además de ceñirse al ámbito o esfera estrictamente competencial, no precisa si el fundamento de la exclusión se refiere a la no concurrencia del elemento definitorio de la violencia de género, es decir el abuso de poder, o a la falta de significación o relevancia de la relación de pareja en el acto de violencia, o incluso como algún autor ha postulado(Vargas Gallego) a la identidad sexual de los dos miembros de la pareja. No podemos por tanto sostener indubitadamente que ese precepto refleja ese carácter polifacético de la violencia intrafamiliar.

V.- De lo hasta ahora expuesto cabe establecer las siguientes conclusiones :

La tutela penal de la violencia de género en nuestro derecho penal vigente parece responder a un modelo político criminal vinculado a un planteamiento actuarial. La construcción de los tipos penales en la forma expuesta, la función atribuida al sistema punitivo y el papel asignado a la víctima, así lo sugieren.

El enfoque actuarial se caracteriza por la identificación de un ámbito de riesgo, el de la mujer frente a las agresiones basadas en relaciones de dominio por sus parejas masculinas, que trata de minimizar o controlar.

A tal efecto se decanta por un endurecimiento punitivo que parece perseguir fundamentalmente el control del penado y su inocuización mediante el agravamiento de las condiciones de cumplimiento de las penas previstas. La expresa previsión legal de instrumentos tradicionalmente relacionados con la rehabilitación no desvirtúa la idea anterior, considerando su concreta regulación.

BIBLIOGRAFÍA

BENITO ALAEZ GONZÁLEZ, El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 5972008, Revista Aranzadi, 2008.

BERNARDO DEL ROSAL BLASCO, ¿Hacia el Derecho Penal de la Postmodernidad?, Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2009.

CAROLINA BOLEA BARDÓN, En los límites del Derecho Penal frente a la Violencia Doméstica y de Género, Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007.

DAVID JIMÉNEZ GLUCK, Acción Positiva y Ley Integral contra la violencia de género, Mº Justicia, 2005

ENRIQUE ECHEBURÚA, PEDRO J. AMOR, Tratamiento psicológico de los maltratadores domésticos: una alternativa a las medidas judiciales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, 2000.

FERNANDO REY MARTÍNEZ, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, 1995.

IGNACIO JOSÉ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, La Igualdad y la Violencia de Género en el orden jurisdiccional penal, Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2010.

JOSÉ ANTONIO SÁINZ CANTERO, Lecciones de Derecho Penal, 3ª edic. 1990.

JOSÉ CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, 5ª edic, 1996.

JESÚS BERNAL VALLS, Las penas privativas de derechos en el nuevo Código Penal, Separata de la Revista General del Derecho, 1.999

LUIS MARTÍNEZ ROLDÁN, Ideología, Ciencia y Derecho, 1983

PATRICIA FARALDO CABANA, Estrategias actuariales en el control de la violencia de género, 2008.

SANTIAGO MIR PUIG, Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, 2ª edi. 1982

