

El gènere de la violència: la visió de la Llei orgànica de mesures de protecció integral contra la violència de gènere¹

ELENA LARRAURI PIJOAN

Professora titular de dret penal de la Universitat Autònoma de Barcelona

153

1. INTRODUCCIÓ

L'aprovació de la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere (LPI) ha suposat incorporar una perspectiva de gènere al delictes de violència domèstica. Aquesta perspectiva de gènere es manifesta, al meu parer, de les diverses formes que exposo a continuació.

En la comprensió de la *gravetat* de la violència física i psíquica damunt la dona. Des d'aquesta òptica es creu que els maltractaments a la dona són més greus ja que atempten contra la integritat física i contra la igualtat. Així, en la concepció de l'LPI els maltractaments a la dona en les relacions de parella són producte de la desigualtat existent entre ambdós gèneres en la nostra organització social i contribueixen a mantenir-la (exposició de motius i article 1).

En la comprensió de la *motivació*. La violència damunt la dona en les relacions de parella també és més reprobable ja que reflecteix, a més del menyspreu a una persona propi de qualsevol delictes, una ulterior discriminació. És, en paraules de l'LPI, «una violència que es dirigeix contra les dones pel mateix fet de ser-ho» (exposició de motius).

Producte d'aquesta comprensió, la llei es dirigeix a protegir la *dona en les relacions de parella amb un home*. No protegeix les dones, ni tan sols totes les dones en l'àmbit domèstic. No hi estan incloses com a víctimes en els tipus penals superagregats les mares i filles per exemple. Però tampoc les dones víctimes de violència per part de dones agressores (parelles lesbianes) no gaudeixen de protecció reforçada.

1. Aquest article s'inscriu en el Projecte d'Investigació SEJ2005-08955-C02-01/JURI. Agraïxo la lectura sempre atenta de Josep Cid.

A causa d'aquesta comprensió del fenomen de maltractaments a la parella, fruit de la desigualtat entre gèneres i reflex d'uns valors discriminatoris, aquest problema social requereix remeis *específics*. Per això l'LPI preveu mesures tendents a l'educació i alteració dels valors culturals. Si bé no són tan evidents les mesures que poden fer avançar en la igualtat de gèneres.

Finalment la creença que es tracta d'un problema social d'extraordinària magnitud autoritza el recurs a un *dret penal excepcional*. No és només un dret penal específic, la qual cosa no planteja tants problemes de legitimació, és un dret penal més sever.

Tot seguit detallaré com aquesta entrada del gènere en el delictes de violència domèstica ha arribat a alterar la regulació tradicionalment establerta en el dret penal.

2. L'AGREUJAMENT DE PENES D'ALGUNS COMPORTAMENTS

La Llei contra la violència de gènere converteix comportaments catalogats com a faltes en delictes o agreuja la pena si la víctima «és o ha estat esposa o dona que estigui o hagi estat lligada a ell per una anàloga relació d'afectivitat fins i tot sense convivència, o persona especialment vulnerable que visqui amb l'autor».

Posteriorment analitzaré la problemàtica general que plantegen els subjectes d'aquests comportaments (per exemple, qui pot ser autor: només l'home?). N'hi ha prou per ara amb destacar que en general la llei sembla adreçada a castigar una persona que faci determinats comportaments amb la dona amb la qual estan o han estat units en una relació d'afectivitat.

En diferenciar la dona amb la qual es mantenen relacions de parella d'altres persones pertanyents a l'àmbit domèstic podem afirmar que l'LPI ha creat un tercer nivell de protecció. Així la lògica en la qual es desenvolupa la protecció penal és la següent: si una persona en colpeja una altra, indiferenciada, el comportament és catalogat de falta de l'art. 617, amb la pena de localització permanent de dos a sis dies, o multa de deu a trenta dies (*tipus penal bàsic*); si colpeja una persona de l'àmbit domèstic² aquest comportament és catalogat de delictes de l'art. 153.2 i rep una pena de tres mesos a un any de presó, o treball en benefici de la comunitat (*tipus penal agreujat*); si colpeja la seva dona, aquest comportament és catalogat com a delictes de l'art. 153.1 i té pena de sis mesos a un any de presó, o treball en benefici de la comunitat (*tipus penal superagreujat*).

Cal fer dos advertiments ràpidament: la novetat introduïda per l'LPI és la creació d'un tipus penal superagreujat quan la víctima és la dona parella, ja que els tipus penals agreujats quan les víctimes pertanyen a l'àmbit domèstic ja existien al Codi penal amb anterioritat a l'LPI.

El segon advertiment és que la creació d'aquests tres nivells de protecció no es reproduïx a tots els delictes. El superagreujament, és a dir, la protecció reforça-

2. En concret els subjectes s'enumeren a l'art. 173.2: descendents, ascendents, germans, o qual-sevol persona integrada en el nucli de convivència familiar.

da quan la víctima és dona, s'introdueix només en els delictes que es creu que són els més freqüents en les relacions de parella (maltractament bàsic; amenaces i coaccions); però en altres casos (p. ex. maltractaments habituals) no es distingeix entre dona parella i la resta de víctimes pertanyents a l'àmbit domèstic. D'aquesta manera els *maltractaments habituals* reben en tot cas la mateixa pena, és a dir, de sis mesos a tres anys,³ independentment de qui els cometi i independentment de sobre qui recaiguin (parelles, descendents, ascendents, germans). Aquesta situació no sembla obeir a cap raó teòrica i és atribuïble probablement a una manca de sistemàtica de la llei (Boldova-Rueda, 2004).

El prototipus del que parteix la llei és que la violència es produeix fonamentalment contra la dona parella, que és exercida per l'home parella o exparella i que adopta les formes de maltractament, amenaces i coaccions. En funció d'aquesta visió s'elabora la regulació penal.

2.1 Maltractaments bàsics (no habituals) (art. 153)

En aquest cas el comportament que es penalitza és qualsevol maltractament —menyscapse psíquic, colpejar o maltractar d'obra un altre sense causar-li lesió, o causar una lesió que només requereixi una primera assistència facultativa.

Recordem que aquest comportament ja havia estat elevat a la categoria de delicte per la LO 11/2003, de 29 de setembre, ja que es considerava que qualsevol maltractament en l'àmbit domèstic havia de ser castigat com a delicte i no falta.

Curiosament aquesta llei proposada pel govern del PP i aprovada per tot el Parlament no va suscitar tanta discussió com l'LPI. És cert que es van arribar a plantejar dues qüestions d'inconstitucionalitat per vulneració del principi de proporcionalitat en imposar-se pena de presó per a tot maltractament. Ara bé, en opinió del TC (vegeu ATC 233/2004, de 7 de juny, i ATC de 13 de setembre de 2005), el fet que no s'apreciés una «desproporció patent, excessiva o irraonable», juntament amb la constatació que el legislador havia previst com a pena opcional el treball en benefici de la comunitat, van suposar que el TC manifestés que el precepte era constitucional.

En definitiva, hi havia un consens que els maltractaments en l'àmbit domèstic són en tot cas més greus, la qual cosa juntament amb una sèrie de consideracions pragmàtiques en contra de la seva regulació com a faltes,⁴ va contribuir que la llei que va elevar la gravetat de tot maltractament a delicte fos acceptada en general sense tanta controvèrsia.

3. Si l'ofensor fos tan racional com a vegades dona a entendre la teoria preventiva hom pensaria que això és un al·licient perquè l'ofensor maltracti habitualment la seva dona, ja que la pena mínima prevista és la mateixa.

4. Així per exemple Montserrat Comas, vocal del CGPJ, a *El País* de 6 de desembre de 2002 basava la seva exigència en la necessitat de poder adoptar mesures cautelars; en la possibilitat d'apreciar els antecedents; i en la inadequació de la pena de multa prevista per a les faltes. També la Comissió Mixta dels Drets de la Dona (BOE 4 desembre 2002, nº 374, pàg. 69). D'altra banda existia l'opinió que era més convenient la seva tramitació com a delicte, tal com ho havien manifestat els fiscals encarregats dels serveis de violència familiar (2001) i Delgado (2001:15).

Sens dubte el fet que la promulgació de l'LPI fos immediatament després també va contribuir que les crítiques de les quals s'hauria pogut fer creditora la LO 11/2003 fossin substituïdes per les objeccions dirigides a l'LPI, ja que aquesta no només acceptava el plantejament de l'anterior llei —en l'àmbit domèstic qual-sevol lesió mereix ser tractada com a delictes— sinó que a més va introduir un tercer nivell de protecció per a la dona, i això sí va atreure tota la polèmica.

Com ja he destacat, allò que afegeix l'LPI pel que fa al delictes de violència domèstica bàsic (de l'art. 153) és un nou primer paràgraf en el qual si la víctima és la dona la pena és de sis mesos a un any de presó o treball en benefici de la comunitat de 31 a 80 dies. Al contrari, si la víctima és una filla, una mare, un pare o un germà,⁵ la pena de presó es de tres mesos a un any de presó o treball en benefici de la comunitat de 31 a 80 dies.⁶

La distinta penalitat en funció del gènere de les víctimes de violència domèstica és el que ha suscitat més discussions per vulneració del principi d'igualtat.⁷ Així una de les darreres reaccions ha estat la qüestió d'inconstitucionalitat plantejada per una jutge del penal de Múrcia (29 de juliol de 2004) i sobre la qual el TC s'haurà de pronunciar.

En tot cas recordem que, actualment, si el TC no es manifesta en contra hi ha tres nivells de protecció davant del comportament violent: a) comú (falta de l'art. 617); b) agreujat (delictes de l'art. 153.2, si és en l'àmbit domèstic); c) superagreujat (delictes de l'art. 153.1, si la víctima és dona parella).

Finalment, pel que fa al delictes de maltractaments hi ha una qüestió que hauria de ser destacada. El mateix art. 153 redactat d'acord amb l'LPI preveu una disminució potestativa. Cal prestar atenció a com els jutges i tribunals apliquen aquest apartat 4 de l'art. 153, que permet rebaixar la pena en un grau, ja que pot ser la forma més fàcil de neutralitzar la protecció reforçada que tanta polèmica ocasiona.

2.2 Delictes de lesions (art. 148)

El segon comportament que s'ha agreujat amb l'LPI ha estat el delictes de lesions (art. 148) al qual l'LPI ha incorporat un quart i cinquè paràgrafs, que castiga com a lesions agreujades (dos-cinc anys de presó) el qui lesioni la seva «esposa o dona que estigui o hagi estat lligada a ell per una anàloga relació d'afectivitat fins i tot sense convivència» o «persona especialment vulnerable que visqui amb l'autor».

També en aquest cas s'ha criticat que el simple fet de ser la víctima dona serveixi per incrementar la pena. En el supòsit que la víctima no sigui una dona parella

5. Cito només els subjectes pertanyents a l'«àmbit domèstic» ja que la LO 11/2003 va produir una ampliació dels subjectes tal que va arribar a incloure en el mateix tipus penal de «violència domèstica» als ancians sotmesos a custòdia o guarda en un centre públic.

6. És, al meu parer, inexplicable perquè la pena de *tbc* no es redueix corresponentment, com si el fet de ser una pena no privativa de llibertat l'eximis de les exigències del principi de proporcionalitat.

7. La desigualtat que es critica, pel que arribo a veure, és sempre respecte de l'home. És curiós que no es posi tant èmfasi en la desigualtat també present a l'LPI de si un home realitza aquests comportaments contra la seva filla o mare, les quals, malgrat ser dones, no reben tampoc la protecció reforçada que està reservada a les dones parella.

o persona especialment vulnerable les lesions seran del tipus bàsic i tindran com a pena de sis mesos a tres anys.

També en aquest delictes caldrà estar atents a l'aplicació que en fan els jutges perquè, en opinió d'alguns autors (Boldova-Rueda, 2004), els agreujaments previstos en l'art. 148 són d'aplicació potestativa, per la qual cosa els jutges també podran deixar d'aplicar-la; si bé altres autors (Iñigo, 2005) semblen considerar que en opinió del TS l'agreujament té caràcter obligatori, de manera que els jutges, si la víctima és dona, hauran d'aplicar sempre el delictes agreujat de lesions.

Els defensors d'aquesta reforma operada en l'LPI poden afirmar que això corregeix una deficiència tècnica de la LO 11/2003. A risc de ser tediosa, la lògica originària del delictes de violència domèstica era castigar com a delictes el maltractament habitual i considerar a part i addicionalment el resultat lesiu. Doncs bé, després de les múltiples reformes, el qui maltracta habitualment i produeix un resultat de lesió que només requereix una primera assistència facultativa comet el delictes de l'art. 173 (maltractaments) i el 153 (lesió), ambdós específics. Al contrari, el qui maltracta habitualment i produïa un resultat de lesió greu cometia el delictes de l'art. 173 i l'art. 147 (aquest darrer delictes comú). Després de l'LPI si maltracta habitualment i produeix un resultat de lesió lleu serà art. 173 i 153 i si produeix un resultat més greu serà 173 i 148. En resum, amb l'LPI en ambdós casos el resultat, lleu o greu, si és sobre la dona parella està agreujat.

2.3 Delictes d'amenaces lleus

El tercer delictes afectat per l'LPI són les amenaces. En el Codi penal de 1995 totes les amenaces lleus, també les fetes amb armes, eren falta. Posteriorment la LO 11/2003 va considerar que les amenaces lleus amb armes si afectaven qualsevol persona de l'àmbit domèstic eren delictes (art. 153). Es va produir d'aquesta manera el mateix raonament que respecte de la falta de lesions, és a dir, si la víctima es troba en l'àmbit domèstic qualsevol amenaça lleu rep la consideració de delictes.

L'LPI hi afegeix algunes modificacions:

- transforma una amenaça lleu, fins i tot sense armes, a la dona parella o persona especialment vulnerable en delictes i pot rebre la pena de presó de sis mesos a un any o treball en benefici de la comunitat de 31 a 80 dies (art. 171.4);
- transforma una amenaça lleu amb armes a qualsevol persona de l'àmbit domèstic, exceptuades les esmentades en el paràgraf anterior, a delictes i la pena que correspon és de presó de tres mesos a un any o treball en benefici de la comunitat de 31 a 80 dies;⁸

8. Pel que fa a la pena sorprèn un cop més la igualtat en ambdós casos de la pena del *tbc*, al contrari del que succeeix amb la pena de presó. D'altra banda, en els casos en què l'agressor amenaci amb un arma la seva parella rep igual que l'agressor que amenaça la seva parella sense armes. Això implica desconsiderar un fonament de l'agreujament: les armes i ser la víctima dona parella.

- integra les amenaces lleus en l'art. 171 del Codi penal, és a dir, són espècies del delictes d'amenaces i ja no estan en l'art. 153 (violència domèstica bàsica). Així, en el cas d'una intimidació a la dona parella un jutge pot considerar aplicable l'art. 153.1 (menyscapse psíquic), l'art. 173.2 (violència psíquica habitual) o el nou art. 171.4 (amenança lleu).

La profusió de tipus penals aplicables no és probablement la millor política legislativa ja que augmenta la inseguretat jurídica i afavoreix el tracte desigual de casos semblants⁹ però, a més, en aquest cas aquesta proliferació pot tenir més transcendència.

158

En efecte, si triomfa la versió promoguda per la Circular 4/2005 de la Fiscalia, que considera com a delictes de violència de gènere només l'art. 153 i 173, si el jutge penal aplica l'art. 171.4 això no serà un delictes de violència de gènere i per tant es sostreurrà a tota la regulació de dret penal excepcional aplicable als delictes 153 i 173.

Finalment tampoc s'acaba d'entendre per què són subtipus de l'art. 171 (amenança de mal no delictiu), quan potser el cas més habitual és l'amenança de mal delictiu (art. 169) i en aquest supòsit no hi ha cap agreujament ni pels subjectes passius, ni per l'arma.

3. DELICTE DE COACCIONS LLEUS

El darrer delictes afectat per l'LPI és el comportament de coaccions que també en aquest cas s'ha transformat de falta a delictes si la víctima és dona o esposa o persona igualment vulnerable (art. 172.2). En aquests casos qualsevol coacció lleu es considera delictes i es castiga amb la pena de presó de sis mesos a un any o treball en benefici de la comunitat de 31 dies a 80. En canvi, si els subjectes no reuneixen aquesta qualitat aleshores una coacció lleu tindrà la categoria de falta.

Després d'aquesta exposició de l'LPI podem fer unes reflexions generals. Sembla clar que la intenció dels legisladors ha estat intentar combatre la violència sobre la dona parella en l'àmbit domèstic mitjançant l'agreujament de la pena. Per això han buscat els delictes que al seu entendre es produeixen de forma més habitual —amenaces, coaccions i lesions— i han augmentat la pena en el supòsit en què es produeixi contra l'esposa o dona parella de fet.

La polèmica fonamental no sembla residir a considerar els delictes en l'àmbit domèstic com a comportaments que hagin de ser castigats amb més pena, ja que, com he remarcat, l'agreujament ja s'havia inclòs en la LO 11/2003 en castigar tota lesió en l'àmbit domèstic com a delictes, independentment del seu resultat i concedir una protecció reforçada a totes les persones del nucli domèstic.

9. D'altra banda, no acabo d'entendre per què després d'anys d'insistir que la violència que pateixen les dones és també psíquica i afavorir el tracte unitari d'ambdós es distingeix ara en l'LPI entre violència psíquica i amenaces.

El desacord sembla situar-se més aviat en si és lícit dins l'àmbit domèstic separar les distintes víctimes, concedint una protecció reforçada a «la dona parella». Per això la crítica més freqüent és la desigualtat que aquesta protecció reforçada implica respecte del baró quan aquest és víctima de maltractaments.¹⁰

Intentant resumir la discussió, es podria esquematitzar indicant que l'LPI parteix dels fets que: a) el 90% de les víctimes de la violència domèstica són dones; b) això és degut a una situació de desigualtat que col·loca la dona en una posició més vulnerable; c) per a remeiar aquesta situació de desigualtat és pel que el dret penal decideix castigar més¹¹ els atacs a les dones.

La millor fonamentació d'aquest raonament es pot llegir a Lorenzo (2005) qui, a més, argumenta que en el Codi penal es troben altres exemples de protecció reforçada a distints col·lectius de víctimes (per exemple els estrangers, els treballadors).¹²

Els arguments oposats a aquesta protecció reforçada no neguen que la majoria de víctimes de la violència domèstica siguin dones, sinó que, pel que arribo a veure,¹³ neguen que: a) la majoria de víctimes dones sigui argument suficient per oferir una protecció penal mitjançant els tipus penals superagregats; b) que la situació de desigualtat es reproduïxi en la situació concreta; i c) que una pena més severa sigui un instrument adequat per avançar en la igualtat de gèneres.

En qualsevol cas la protecció reforçada a la dona parella i les objeccions que vulnera el principi d'igualtat és el que probablement es va intentar atenuar amb la inclusió de la clàusula dona «o persona especialment vulnerable que convísqui amb l'autor». Aquesta darrera expressió va ser introduïda a proposta del PP per tal d'arribar a un consens i potser es va acceptar precisament per evitar la crítica que en el supòsit de ser la víctima un home aleshores la pena seria distinta. D'acord amb aquesta clàusula queda oberta la possibilitat que la protecció reforçada s'apliqui a qualsevol persona, sempre que es donin dos requisits: que hi convísqui i que sigui especialment vulnerable.

El motiu pel qual aquesta inclusió no ha servit per emmudir les objeccions de desigualtat és que s'exigeix d'una banda provar l'especial vulnerabilitat i, de l'altra, la convivència, perquè s'afirma, pel que fa a la dona, que el primer es pressuposa i el segon no s'exigeix. No obstant això recordem que hi ha diverses qüestions interposades davant el Tribunal Constitucional i serà aquest qui finalment dictaminarà la constitucionalitat o no de la regulació penal present a l'LPI.

10. O com he comentat respecte d'altres dones víctimes.

11. Podria també argumentar-se alternativa o addicionalment que cal castigar més l'agressió a una dona parella perquè és més reprovable.

12. Pendent quedaria una discussió penal sobre si aquests aspectes s'haurien de provar. A Espanya el Codi penal els pressuposa. Aquesta discussió es podria veure afectada a més per consideracions d'estratègia feminista en valorar-se si afavoreix el col·lectiu de dones que es pressuposi sempre la seva major vulnerabilitat o la major reprobabilitat de delictes en contra seu. La protecció especial està en tensió amb la demanda d'igualtat.

13. Les crítiques a l'LPI són deduïbles de Boldova-Rueda (2004) i Iñigo (2005).

Un segon aspecte, a més de la crítica a la desigualtat dirigida a l'LPI, sobre el qual caldria reflexionar és perquè la protecció reforçada concedida a les dones parella no s'amplia per a les filles i les mares. Amb motiu que elles formen part de l'àmbit domèstic és evident que hem d'entendre que la societat també desvalora més greument una lesió a elles que a qualsevol persona estranya. I pel fet que són dones crec que les impulsores de la llei podrien coincidir que també elles estan sotmeses a una relació de poder que permet que siguin víctimes més vulnerables.

Les explicacions de per què han estat excloses poden ser teòriques o polítiques. Teòriques podrien ser-ho defensar que si bé aquestes agressions són molt greus no presenten els mateixos trets que les agressions contra la dona parella (Asua, 2004). Pendent per a la teoria feminista és estudiar si els trets diferencials de la violència respecte de la dona parella es reproduïxen en les agressions respecte de les filles o mares.¹⁴

La raó política seria argüir que l'LPI legisla específicament sobre el cas de dones parelles maltractades, ja que aquest és el cas que actualment succeeix amb més freqüència. I que sempre que s'intenta legislar per protegir la dona no falten els intents d'anar ampliant tant el delicte que al final s'oblida quin és el problema originari que s'intentava resoldre (Asua, 2004). Aquest procés de neutralització de la dona és per tant visible en el delicte de «violència domèstica», on els atacs a la dona queden englobats en els atacs a «la pau familiar» i on les víctimes de delicte s'amplien tant que l'any 2003 acaba no només protegint-se tot l'àmbit domèstic sinó incloent-hi els ancians sotmesos a custòdia o guarda en un centre públic (!).

En conseqüència l'èmfasi que l'LPI ha posat en «la dona» es podria entendre com una resposta a les successives ampliacions del delicte de violència domèstica que acaben per equiparar la violència contra la dona, la violència entre germans i la violència en centres públics contra els ancians.

Resumint, la regulació específica de la dona parella respecte de les dones filles o mares s'ha defensat pel distint nombre de víctimes, podria eventualment ser defensada si s'entén que són delictes que responen a dinàmiques diverses, però sigui per un o altre motiu la diferència de tracte present en l'LPI reflecteix també, al meu parer, l'impacte dels grups de pressió, precisament no constituïts ni per filles ni per ancianes.

Finalment també polèmic serà qui pot ser autor d'aquests delictes. En funció de com es respongui aquesta pregunta això s'entendrà com una vulneració del principi d'igualtat, però també un cop més, com veurem, comportarà l'exclusió d'algunes dones.

4. L'AGREUJAMENT DE PENES EN ATENCIÓ ALS SUBJECTES

Com ja hem vist, les amenaces, coaccions, maltractaments no habituals i lesions són més castigats si es realitzen contra «l'esposa o dona amb la qual hi ha relació

14. Evidentment aquestes no queden desprotegides, en alguns casos hi ha tipus penals agreujats, el que falta per argumentar és per què no se'ls atorga la protecció reforçada dels tipus penals superagreujats.

d'afectivitat» o també si es realitzen «contra una persona especialment vulnerable que convisqui amb l'autor».

Però, qui pot ser l'autor? En principi pot ser home o dona ja que la llei assenyala «el qui» i això ha tendit a interpretar-se de forma neutral en el dret penal.

Ara bé, si hom atén a la finalitat de la llei que té per objecte actuar contra la violència que, com a manifestació de la discriminació, la situació de desigualtat i les relacions de poder dels homes damunt les dones s'exerceix damunt aquestes (art. 1), aleshores sorgeix el dubte de si una dona que en pega una altra contribueix a aquesta discriminació o ho fa aprofitant-se d'unes relacions de poder i desigualtat.

Al meu parer la manca de coneixement, comprensió i estudi dels maltractaments entre parelles de dones lesbianes impedeix afirmar si en aquestes es donen els trets característics que han dut a donar protecció reforçada a una dona en la seva relació amb un home.

La segona qüestió més debatuda és si es nega que la dona pugui ser autora d'aquests delictes i considerant que la víctima ha de ser en tot cas una dona,¹⁵ què passa quan la dona pega la seva parella home?

Sembla ser que en aquest cas els jutges opten per aplicar l'art. 153.2 a la dona però aleshores és cert que si a l'home li apliquen l'atenuant prevista en l'art. 153.4 la pena és idèntica per a l'home que per a la dona.¹⁶ Amb la qual cosa una no pot deixar de preguntar-se si valia la pena atiar tant la discussió relativa a la «discriminació positiva» present en aquesta llei per acabar amb aquest resultat.

Una última qüestió és el dubte respecte de si és necessari que hi hagi hagut convivència en algun moment o si, al contrari n'hi ha prou amb la relació d'afectivitat, és a dir, si s'hi inclouen les relacions de festeig. La jurisprudència tendeix a ser refractària a admetre les relacions de festeig ja que considera que anàloga al matrimoni només ho és la parella de fet que conviu o ha conviscut.

5. DRET PENAL EXCEPCIONAL

Una altra de les novetats de la llei consisteix a establir excepcions al règim general de penes establert en el Codi penal.

Les més rellevants al meu entendre són les següents.

5.1 Suspensió de la pena de presó de fins a dos anys

Com és conegut, a Espanya és possible que una persona que ha comès un delictes castigat amb pena de fins a dos anys no vagi a presó si aquest és el primer cop que delinqueix. Durant el període en què té la pena de presó suspesa, la per-

15. Excepte, com sempre, que la víctima fos especialment vulnerable i aleshores sí podria ser un home.

16. Ambdós extrems s'haurien de confirmar amb estudis empírics relatius a com l'LPI està essent aplicada, que esperem tingui pensat realitzar l'Administració per tal de comprovar l'eficàcia i l'impacte de la llei.

sona s'ha d'abstenir de delinquir i el jutge pot a més condicionar la suspensió a alguna altra regla de conducta (art. 80 CP).

Un dels problemes generals de la suspensió de pena de presó, aguditzat en el supòsit que el jutge decideixi imposar regles de conducta, és com evitar que davant la primera infracció la persona torni a presó. Això és degut a arguments pragmàtics i de justícia.

Pragmàtics perquè si l'interès és evitar que la persona entri a la presó per un primer delictes sembla raonable que pensem que qualsevol infracció no ha de servir per enviar-lo a presó perquè, en aquest supòsit, l'únic que haurem aconseguit és augmentar el treball burocràtic del sistema judicial (p. ex. que la persona no acudeixi al jutjat a comunicar canvi de domicili).

De justícia perquè sembla clar que no tota infracció de qualsevol regla de conducta té la mateixa importància. Mentre que puguem entendre que es revoqui la suspensió a qui torna a delinquir seria desproporcionat que aquesta fos l'única resposta a tota infracció. Per això el Codi penal preveu que el jutge pugui substituir la norma o prorrogar el termini de suspensió (art. 84).

En el supòsit de la violència de gènere¹⁷ s'estableix un dret excepcional relatiu a la suspensió de la condemna de presó (art. 83.6) per diversos motius:

D'una banda perquè el jutge té l'obligació d'imposar regles de conducta d'allunyament en els casos de delictes relacionats amb la violència de gènere (art. 83.6).

Aquesta primera excepció planteja dos problemes. El primer detectat per la Circular 4/2005 de la Fiscalia és com cal entendre aquesta expressió. En la seva opinió, delictes relacionats amb violència de gènere ho són només els delictes dels art. 153 i 173. Si bé aquesta interpretació gaudeix de l'avantatge de ser clara i precisa, tampoc hi ha dubte que també és restrictiva.

El segon problema que es presenta sovint en tot el que envolta aquest tema és el de l'obligatorietat que el jutge imposi les prohibicions d'acudir a determinats llocs, apropar-se a la víctima i obligar a acudir a un tractament.

Aquestes prohibicions ben lògiques en alguns casos seran molt il·lògiques en d'altres. El legislador pressuposa que tots els supòsits de violència domèstica tenen una mateixa gravetat. I a més desconeix la voluntat de la víctima la qual en alguns casos manifestarà la seva clara oposició a la imposició d'aquestes regles de conducta.¹⁸

Finalment l'LPI estableix com a única reacció a la vulneració de qualsevol regla de conducta la revocació de la suspensió (art. 84) i amb això dilapida l'aconseguit per les forces progressistes del dret penal d'evitar sancionar amb la presó tot incompliment de les regles de conducta de la suspensió.

17. Com ja he esmentat no està clara l'expressió «violència de gènere» si abasta només els art. 153 i 173 o si, al contrari, ha d'acollir tot allò que la mateixa llei en el seu art.1.3 defineix com a violència de gènere.

18. Això també succeeix en l'art. 48; la prohibició d'allunyament és obligatòria com a pena accessòria i per un període de temps major. Com que aquesta reforma es va operar per LO 15/2003, l'LPI no l'ha alterat però estableix també un règim excepcional.

5.2 El trencament de condemna

D'acord amb la LO 15/2003, que va modificar el Codi penal, el trencament de qualsevol prohibició d'allunyament podia ser castigat amb la pena de presó.

Aquesta regulació representa una excepció i un augment punitiu ja que generalment s'ha defensat la improcedència de castigar el trencament d'una pena no privativa de llibertat amb la pena de presó. L'argument, basat en principis de proporcionalitat, és que si la comissió del delictes principal no comporta pena de presó sembla desproporcionat que el trencament de condemna sí el comporti. Aquesta regulació tanmateix era potestativa, és a dir, el jutge podia aplicar presó o treball en benefici de la comunitat.

L'LPI dóna un pas més i imposa en tot cas la pena de presó de sis mesos a un any a tots els qui trenquin qualsevol pena de l'art. 48 o una mesura cautelar de la mateixa naturalesa.¹⁹

Aquesta regulació és, al meu entendre, objectable perquè no sembla adequat imposar la mateixa pena a tots els trencaments. Mentre que alguns trencaments en efecte poden comportar un risc per a la dona, uns altres no comporten cap risc. A més això suposa un cop més desconèixer l'opinió de la dona sobre la qüestió.²⁰ Observem, no obstant això, que aquí no s'ofereix una protecció reforçada a la dona ja que l'art. 468 es remet de forma genèrica a tots els subjectes de l'art. 173.2 (és a dir, totes les persones incloses en el cercle domèstic).

En aquest sentit cal esmentar que el Tribunal Suprem ha declarat en STS 26-09-2005 (núm. 1156/2005) que «(...) la reanudació de la convivència acredita la desaparició de les circumstàncies que justificaren la mesura d'allunyament, per la qual cosa aquesta ha de desaparèixer i quedar extingida, sense perjudici que davant una nova seqüència de violència es pugui sol·licitar i obtenir —si escau— una mesura d'allunyament».²¹

5.3 L'obligació del tractament

Com he apuntat en referir-me a la suspensió de la pena de presó (art. 83) aquesta queda condicionada en els «delictes relacionats amb la violència de gènere», en tot cas, al fet que l'agressor segueixi un tractament (regla 5).

Per a les persones no juristes s'ha de simplificar i indicar que el jutge, en el supòsit que condemni per l'art. 153 o pel 173, pot condemnar a presó o treball en benefici de la comunitat. Si condemna a aquest últim, aquesta serà probablement l'única pena.

19. Al contrari en la meua opinió trencar la mesura d'allunyament de la suspensió de la pena de l'art. 80 no és trencament de condemna ja que aquest trencament ja du la seva pròpia sanció, la qual és la revocació de la suspensió. Vegeu-ho més extens a González (2005).

20. Vegeu Larrauri (2005).

21. Tot i que estan per veure els efectes que produirà la imposició de penes d'allunyament en tot cas.

Si condemna a sis mesos de presó (i fins a dos anys) pot:

- a) si la persona no té antecedents, suspendre la pena; en aquest supòsit queda obligat a imposar una prohibició d'aproximació i comunicació amb regles de conducta de la suspensió i a aplicar un tractament;
- b) si la persona té antecedents, el jutge pot substituir la pena de presó només per treball en benefici de la comunitat (i no per multa com a la resta de delictes) i ha d'imposar a més el tractament i la prohibició d'aproximació i comunicació.

164

Així doncs, en tots els casos en què la pena de presó no s'executi immediatament sembla que el condemnat estarà obligat a seguir un tractament.

L'obligació del tractament, encara que sigui una pena sempre controvertida des de nombroses perspectives, pot ser adequada,²² però planteja diversos problemes: què s'ha de fer quan no hi ha programes d'educació als quals el jutge pugui enviar l'agressor? Què passa amb la voluntarietat del tractament? Quan es considera que el tractament ha fracassat? Pot ser la sanció la revocació de la suspensió en tot cas? Es descompta el temps que ha estat en tractament si la pena de presó arriba a executar-se?

Moltes preguntes a les quals l'LPI dóna escasses indicacions d'haver pensat les respostes. En aquest sentit l'LPI ha introduït un càstig innovador però falta veure com aquest s'omple de contingut.

BIBLIOGRAFIA

- ASUA, A. (2004) «Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003 de 29 de septiembre». *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 1. Bilbao: Universitat de Deusto.
- BOLDOVA, M.A.; RUEDA, M. A. (2004) «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal». *La Ley* (núm. 6146, 14 de desembre de 2004).
- DELGADO, J. (2001) *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*. Madrid: Colex.
- Fiscalía General del Estado (2004) Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.
- Fiscales encargados de los servicios de violencia familiar (2001) «Conclusiones aprobadas en la primera reunión de fiscales encargados de los servicios de violencia familiar». *Actualidad penal*, núm. 34, 17-23 de setembre; CP 70.
- GONZÁLEZ, C. (2005) «La pena de alejamiento del art. 48». Tesina d'investigació presentada a la UAB, octubre, 2005, inèdita.

22. Vegeu les darreres anàlisis a Medina (2005).

- IÑIGO, E. (2005) «Aspectos penales de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género». A: MUERZA, J. (coord.) *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Navarra: Aranzadi.
- LARRAURI, E. (2005) «Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?». *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 2. Bilbao: Universitat de Deusto.
- LAURENZO, P. (2005) «La violencia de género en la Ley Integral». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 07-08), <http://criminet.ugr.es/recpc>
- MEDINA, J.J. (2005) «El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: Consideraciones político criminales». *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 2. Bilbao: Universitat de Deusto.