

El género de la violencia: la visión de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género¹

ELENA LARRAURI I PIJOAN

Profesora titular de derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

159

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LPI) ha supuesto incorporar una perspectiva de género al delito de violencia doméstica. Esta perspectiva de género se manifiesta a mi parecer de las siguientes formas:

En la comprensión de la *gravedad* de la violencia física y psíquica sobre la mujer. Desde esta perspectiva se cree que los maltratos a la mujer son más graves pues atentan contra la integridad física y contra la igualdad. Así, en la concepción de la LPI los maltratos a la mujer en las relaciones de pareja son producto de la desigualdad existente entre ambos géneros en nuestra organización social y contribuyen a mantenerla (Exposición de motivos y artículo 1).

En la comprensión de la *motivación*. La violencia sobre la mujer en las relaciones de pareja también resulta más reprobable ya que refleja, además del menosprecio a una persona propio de cualquier delito, una ulterior discriminación. Es, en palabras de la LPI, «una violencia que se dirige contra las mujeres por el mismo hecho de serlo» (Exposición de motivos).

Producto de esta comprensión, la ley se dirige a proteger a la *mujer en las relaciones de pareja con un hombre*. No protege a las mujeres, ni tan solo a todas las mujeres en el ámbito doméstico. No están incluidas como víctimas en los tipos penales superagravados las madres y las hijas, por ejemplo. Pero tampoco las mujeres víctimas de violencia por parte de mujeres agresoras (parejas lesbianas) gozan de protección reforzada.

Debido a esta comprensión del fenómeno de maltratos a la pareja, fruto de la

1. Este artículo se inscribe en el Proyecto de Investigación SEJ2005-08955-C02-01/JURI. Agradezco la lectura siempre atenta de Josep Cid.

desigualdad entre géneros y reflejo de unos valores discriminatorios, este problema social requiere remedios *específicos*. Por eso la LPI prevé medidas que tienden a la educación y alteración de los valores culturales. Si bien no son tan evidentes las medidas que pueden permitir avanzar en la igualdad de géneros.

Finalmente la creencia de que se trata de un problema social de extraordinaria magnitud autoriza el recurso a un *derecho penal excepcional*. No es sólo un derecho penal específico, lo que no plantea tantos problemas de legitimación, es un derecho penal más severo.

A continuación detallaré cómo esta entrada del género en el delito de violencia doméstica ha llegado a alterar la regulación tradicionalmente establecida en el derecho penal.

2. EL AGRAVAMIENTO DE PENAS DE ALGUNOS COMPORTAMIENTOS

La Ley contra la violencia de género convierte comportamientos catalogados como faltas en delito o agrava la pena si la víctima «es o ha sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad incluso sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

Posteriormente analizaré la problemática general que plantean los sujetos de estos comportamientos (por ejemplo, quién puede ser autor: ¿sólo el hombre?). Por ahora es suficiente destacar que, en general, la ley parece dirigida a castigar a una persona que lleve a cabo determinados comportamientos con la mujer con la cual está o ha estado unida en una relación de afectividad.

Al diferenciar a la mujer con la cual se mantienen relaciones de pareja de otras personas pertenecientes al ámbito doméstico podemos afirmar que la LPI ha creado un tercer nivel de protección. Así la lógica en la que se desarrolla la protección penal es la siguiente: si una persona golpea a otra indiferenciada, el comportamiento es catalogado de falta en el artículo 617, con la pena de localización permanente de dos a seis días, o multa de diez a treinta días (*tipo penal básico*); si golpea a una persona del ámbito doméstico, este comportamiento es catalogado de delito en el artículo 153.2 y recibe una pena de tres meses a un año de prisión, o trabajo en beneficio de la comunidad (*tipo penal agravado*); si golpea a su mujer este comportamiento es catalogado como delito en el artículo 153.1 y tiene una pena de seis meses a un año de prisión, o trabajo en beneficio de la comunidad (*tipo penal superagravado*).

Hay que hacer dos advertencias rápidamente: la novedad introducida por la LPI es la creación de un tipo penal superagravado cuando la víctima es la mujer pareja, ya que los tipos penales agravados cuando las víctimas pertenecen al ámbito doméstico ya existían en el Código penal con anterioridad a la LPI.

La segunda advertencia es que la creación de estos tres niveles de protección no se reproduce en todos los delitos. El superagravante, es decir, la protección

2. En concreto, los sujetos se enumeran en el art.173.2: descendientes, ascendentes, hermanos o cualquier persona integrada en el núcleo de convivencia familiar.

reforzada cuando la víctima es mujer, se introduce sólo en aquellos delitos que se cree que son los más frecuentes en las relaciones de pareja (maltrato básico; amenazas y coacciones); pero en otros casos (p. ej. maltratos habituales) no se distingue entre mujer pareja y el resto de víctimas pertenecientes al ámbito doméstico. De esta manera los *maltratos habituales* reciben en todo caso la misma pena, es decir, de seis meses a tres años,³ independientemente de quién los comete e independientemente de sobre quién recaigan (parejas, descendientes, ascendentes, hermanos). Esta situación no parece obedecer a ninguna razón teórica y es atribuible probablemente a una falta de sistemática de la ley (Boldova-Rueda, 2004).

El prototipo del que parte la ley es que la violencia se produce fundamentalmente contra la mujer pareja, que es ejercida por el hombre pareja o ex pareja, y que adopta las formas de maltrato, amenazas y coacciones. En función de esta visión se elabora la regulación penal.

2.1 Maltratos básicos (no habituales) (art. 153)

En este caso el comportamiento que se penaliza es cualquier maltrato: merma psíquica, golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, o causar una lesión que sólo requiera una primera asistencia facultativa.

Recordemos que este comportamiento ya había sido elevado a la categoría de delito por la LO 11/2003, de 29 de setiembre, ya que se consideraba que cualquier maltrato en el ámbito doméstico debía ser castigado como delito y no falta.

Curiosamente esta ley propuesta por el gobierno del PP y aprobada por todo el Parlamento no suscitó tanta discusión como la LPI. Es cierto que se llegaron a plantear dos cuestiones de inconstitucionalidad por vulneración del principio de proporcionalidad al imponerse pena de prisión para todo maltrato. Ahora bien, en opinión del TC (véase ATC 233/2004 de 7 de junio y ATC de 13 de setiembre de 2005), el hecho de que no se apreciase una «desproporción patente, excesiva o irrazonable» junto con la constatación de que el legislador había previsto como pena opcional el trabajo en beneficio de la comunidad supuso que el TC manifestase que el precepto era constitucional.

En definitiva, había un consenso en cuanto que los maltratos en el ámbito doméstico son en todo caso más graves, lo que, junto con una serie de consideraciones pragmáticas en contra de su regulación como faltas,⁴ contribuyó a que la ley que elevó la gravedad de todo maltrato a delito fuese aceptada en general sin tanta controversia.

3. Si el ofensor fuese tan racional como a veces da a entender la teoría preventiva, todo el mundo pensaría que eso es un aliciente para que el ofensor maltrate habitualmente a su mujer, ya que la pena mínima prevista es la misma.

4. Así, por ejemplo, Montserrat Comas, vocal del C.G.P.J., en *El País* del 6 de diciembre de 2002, basaba su exigencia en la necesidad de poder adoptar medidas cautelares, en la posibilidad de apreciar los antecedentes y en la inadecuación de la pena de multa prevista para las faltas. También la Comisión Mixta de los Derechos de las Mujeres (BOE 4 de diciembre de 2002, nº 374, pág. 69). Por otro lado existía la opinión de que era más conveniente su tramitación como delito, tal como lo habían manifestado los fiscales encargados de los servicios de violencia familiar (2001) y Delgado (2001:15).

Sin duda, el hecho de que la promulgación de la LPI fuese inmediatamente después también contribuyó a que las críticas de las que se habría podido hacer acreedora la LO 11/2003 fuesen sustituidas por las objeciones dirigidas a la LPI. Pues ésta no sólo aceptaba el planteamiento de la anterior ley —en el ámbito doméstico cualquier lesión merece ser tratada como delito— sino que además introdujo un tercer nivel de protección para la mujer, y eso sí atrajo toda la polémica.

Como ya he destacado, lo que añade la LPI en lo que respecta al delito de violencia doméstica básico (del artículo 153) es un nuevo primer apartado en el cual si la víctima es la mujer la pena es de seis meses a un año de prisión o de tbc⁵ de treinta y un a ochenta días. Por el contrario, si la víctima es una hija, una madre, un padre, o un hermano,⁶ la pena de prisión es de tres meses a un año de prisión o tbc de treinta y un a ochenta días.⁷

La distinta penalidad en función del género de las víctimas de violencia doméstica es el que ha suscitado mayores discusiones por vulneración del principio de igualdad.⁸ Así, una de las últimas reacciones ha sido la cuestión de inconstitucionalidad planteada por una juez del penal de Murcia (29 de julio de 2004) y sobre la cual el TC deberá pronunciarse.

En todo caso, recordemos que actualmente, si el TC no se manifiesta en contra, hay tres niveles de protección frente al comportamiento violento: a) común (falta del artículo 617); b) agravado (delito del artículo 153.2, si es en el ámbito doméstico); c) superagravado (delito del artículo 153.1, si la víctima es mujer pareja).

Finalmente, en lo que respecta al delito de maltratos hay una cuestión que debería ser destacada. El propio artículo 153 redactado de acuerdo a la LPI prevé una disminución potestativa. Hay que prestar atención a cómo los jueces y tribunales aplican este apartado 4 del artículo 153, que permite rebajar la pena en un grado, ya que puede ser la forma más fácil de neutralizar la protección reforzada que tanta polémica ocasiona.

2.2 Delito de lesiones (art. 148)

El segundo comportamiento que se ha visto agravado con la LPI ha sido el delito de lesiones (art. 148), al que la LPI ha incorporado un cuarto y quinto

5. Trabajo en beneficio de la comunidad.

6. Cito sólo los sujetos pertenecientes al «ámbito doméstico» ya que la LO 11/2003 produjo una ampliación de los sujetos tal que llegó a incluir en el mismo tipo penal de «violencia doméstica» a los ancianos sometidos a custodia o guarda en un centro público.

7. En mi opinión, es inexplicable por qué la pena de tbc no se reduce correspondientemente, como si el hecho de ser una pena no privativa de libertad la eximiese de las exigencias del principio de proporcionalidad.

8. La desigualdad que se critica, por lo que llevo a ver, es siempre respecto del hombre. Es curioso que no se ponga tanto énfasis en la desigualdad también presente en la LPI de si un hombre realiza estos comportamientos contra su hija o madre, las cuales, a pesar de ser mujeres, no reciben tampoco la protección reforzada que está reservada a las mujeres pareja.

apartado, que castigan como lesiones agravadas (dos a cinco años de prisión) al que lesione a su «esposa o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad incluso sin convivencia», «o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

También en este caso se ha criticado que el simple hecho de que la víctima sea mujer sirva para incrementar la pena. En el supuesto de que la víctima no sea una mujer pareja o persona especialmente vulnerable, las lesiones serán del tipo básico y tendrán como pena de seis meses a tres años.

También en este delito deberá estarse atento a la aplicación que hacen los jueces pues, en opinión de algunos autores (Boldova-Rueda, 2004), los agravantes previstos en el artículo 148 son de aplicación potestativa, por lo que los jueces también podrán dejar de aplicarla; si bien otros autores (Iñigo, 2005) parecen considerar que en opinión del TS el agravante tiene carácter obligatorio, de manera que los jueces, si la víctima es mujer, deberán aplicar siempre el delito agravado de lesiones.

Los defensores de esta reforma operada en la LPI pueden afirmar que eso corrige una deficiencia técnica de la LO 11/2003. A riesgo de ser tediosa, la lógica originaria del delito de violencia doméstica era castigar como delito el maltrato habitual y considerar aparte y adicionalmente el resultado lesivo. Pues bien, después de las múltiples reformas, el que maltrata habitualmente y produce un resultado de lesión que sólo requiere una primera asistencia facultativa realiza el delito del artículo 173 (maltratos) y el 153 (lesión), ambos específicos. Por el contrario, el que maltrata habitualmente y producía un resultado de lesión grave realizaba el artículo 173 y el artículo 147 (este último delito común). Después de la LPI, si maltrata habitualmente y produce un resultado de lesión leve serán los artículos 173 y 153 y si se produce un resultado más grave serán el 173 y el 148. En resumen, con la LPI, en ambos casos el resultado, leve o grave, si es sobre la mujer pareja está agravado.

2.3 Delito de amenazas leves

El tercer delito afectado por la LPI son las amenazas. En el Código penal de 1995 todas las amenazas leves, también las realizadas con armas, eran faltas. Posteriormente la LO 11/2003 consideró que las amenazas leves con armas si afectaban a cualquier persona del ámbito doméstico eran delito (art. 153). De esta manera se produjo el mismo razonamiento que respecto de la falta de lesiones, es decir, si la víctima se encuentra en el ámbito doméstico, cualquier amenaza leve recibe la consideración de delito.

La LPI añade algunas modificaciones:

- Transforma una amenaza leve, incluso sin armas, a la mujer pareja o persona especialmente vulnerable al delito y puede recibir la pena de prisión de seis meses a un año o tbc de treinta y un a ochenta días (art. 171.4).
- Transforma una amenaza leve con armas a cualquier persona del ámbito doméstico, exceptuadas las nombradas en el parágrafo anterior, en delito

y la pena que corresponde es de prisión de tres meses a un año o tbc de de treinta y un a ochenta días.⁹

- Integra las amenazas leves en el artículo 171 del Código penal, es decir, son especies del delito de amenazas y ya no están en el artículo 153 (violencia doméstica básica). Así, en el caso de una intimidación a la mujer pareja un juez puede considerar aplicable el artículo 153.1 (merma psíquica), el artículo 173.2 (violencia psíquica habitual) o el nuevo artículo 171.4 (amenaza leve).

La profusión de tipos penales aplicables no es probablemente la mejor política legislativa, pues aumenta la inseguridad jurídica y favorece el trato desigual de casos parecidos,¹⁰ pero además en este caso esta proliferación puede tener una mayor trascendencia.

164

En efecto, si triunfa la versión promovida por la Circular 4/2005 de la fiscalía, que considera como delitos de violencia de género sólo los artículos 153 y 173, si el juez penal aplica el artículo 171.4 eso no será un delito de violencia de género y por tanto se sustraerá a toda la regulación de derecho penal excepcional aplicable a los delitos 153 y 173.

Finalmente, tampoco se acaba de entender por qué son subtipos del artículo 171 (amenaza de mal no delictivo), cuando quizás el caso más habitual es la amenaza de mal delictivo (art. 169) y en este supuesto no hay ningún agravante ni por los sujetos pasivos, ni por el arma.

3. DELITO DE COACCIONES LEVES

El último delito afectado por la LPI es el comportamiento de coacciones, que también en este caso se ha transformado de falta a delito si la víctima es mujer o esposa o persona igualmente vulnerable (art. 172.2). En estos casos cualquier coacción leve se considera delito y se castiga con la pena de prisión de seis meses a un año o tbc de treinta y un días a ochenta. Por el contrario, si los sujetos no reúnen esta cualidad, entonces una coacción leve tendrá la categoría de falta.

Después de esta exposición de la LPI podemos realizar unas reflexiones generales. Parece claro que la intención de los legisladores ha sido intentar combatir la violencia que se produce sobre la mujer pareja en el ámbito doméstico mediante el agravante de la pena. Por eso han buscado los delitos que a su entender se producen de forma más habitual —amenazas, coacciones y lesiones— y

9. Por lo que respecta a la pena, sorprende una vez más la igualdad en ambos casos de la pena de tbc, al contrario de lo que sucede con la pena de prisión. Por otro lado, en los casos en los que el agresor amenace con un arma a su pareja recibe igual pena que el agresor que amenaza a su pareja sin armas. Eso implica desconsiderar un fundamento del agravante: las armas y ser la víctima mujer pareja.

10. Por otro lado, no acabo de entender por qué después de años de insistir en que la violencia que sufren las mujeres es también psíquica y favorecer el trato unitario de ambos, se distingue ahora en la LPI entre violencia psíquica y amenazas.

han aumentado la pena en el supuesto en que se produce contra la esposa o mujer pareja de hecho.

La polémica fundamental no parece residir en considerar los delitos en el ámbito doméstico como comportamientos que deban ser castigados con más pena, pues, como he remarcado, el agravante ya se había producido en la LO 11/2003 al castigar toda lesión en el ámbito doméstico como delito, independientemente de su resultado y conceder una protección reforzada a todas las personas del núcleo doméstico.

Más bien, el desacuerdo parece situarse en si es lícito dentro del ámbito doméstico separar a las distintas víctimas, concediendo una protección reforzada a «la mujer pareja». Por eso la crítica más frecuente es la desigualdad que esta protección reforzada implica respecto del varón cuando éste es víctima de maltratos.¹¹

Intentando resumir la discusión, podría esquematizarse de la siguiente forma. La LPI parte de que: a) el 90% de las víctimas de la violencia doméstica son mujeres; b) eso es debido a una situación de desigualdad que coloca a la mujer en una posición más vulnerable; c) para remediar esta situación de desigualdad es por lo que el derecho penal decide castigar más¹² los ataques a las mujeres.

El mejor fundamento de este razonamiento puede leerse en Laurenzo (2005) quien, además, argumenta que en el Código penal se encuentran otros ejemplos de protección reforzada a distintos colectivos de víctimas (por ejemplo, los extranjeros, los trabajadores).¹³

Los argumentos opuestos a esta protección reforzada no niegan que la mayoría de víctimas de la violencia doméstica sean mujeres, sino que, por lo que llevo a ver,¹⁴ niegan que: a) la mayoría de víctimas mujeres sea argumento suficiente para ofrecer una protección penal mediante los tipos penales superagravados; b) que la situación de desigualdad se reproduce en la situación concreta; y c) que una pena más severa sea un instrumento adecuado para avanzar en la igualdad de géneros.

En cualquier caso, la protección reforzada a la mujer pareja y las objeciones de que vulnera el principio de igualdad es lo que probablemente se intentó atenuar con la inclusión de la cláusula mujer «o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». Esta última expresión fue introducida a propuesta del PP para llegar a un consenso y quizá se aceptó precisamente para evitar la crítica de que en el supuesto de ser la víctima un hombre entonces la pena sería distinta. De acuerdo con esta cláusula queda abierta la posibilidad de que la protección refor-

11. O, como he comentado, respecto de otras mujeres víctimas.

12. Podría también argumentarse, alternativa o adicionalmente, que hay que castigar más la agresión a una mujer pareja porque es más reprobable.

13. Pendiente quedaría una discusión penal sobre si estos aspectos deberían probarse. En España el Código penal los presupone. Esta discusión podría verse afectada además por consideraciones de estrategia feminista al valorarse si favorece al colectivo de mujeres, que se presuponga siempre su mayor vulnerabilidad o la mayor reprobabilidad de delitos en su contra. La protección especial está en tensión con la demanda de igualdad

14. Las críticas a la LPI son deducibles de Boldova-Rueda (2004) e Iñigo (2005).

zada se aplique a cualquier persona, siempre y cuando se den dos requisitos: que conviva y que sea especialmente vulnerable.

El motivo por el cual esta inclusión no ha servido para enmudecer las objeciones de desigualdad es que se exige por un lado probar la especial vulnerabilidad y por otro, la convivencia, en tanto, se afirma, en lo que respecta a la mujer, que el primero se presupone y el segundo no se exige. No obstante, recordemos que hay varias cuestiones interpuestas delante del Tribunal Constitucional y será éste el que finalmente dictaminará la constitucionalidad o no de la regulación penal presente en la LPI.

Un segundo aspecto, además de la crítica a la desigualdad dirigida a la LPI, sobre el cual habría que reflexionar es por qué la protección reforzada concedida a las mujeres pareja no se amplía a las hijas y a las madres. Debido a que ellas forman parte del ámbito doméstico es evidente que debemos entender que la sociedad también valora con mayor gravedad una lesión a ellas que a cualquier persona extraña. Y debido a que son mujeres creo que los impulsores de la ley podrían coincidir que también ellas están sometidas a una relación de poder que permite que sean víctimas más vulnerables.

Las explicaciones de por qué han sido excluidas pueden ser teóricas o políticas. Teórica podría serlo defender que si bien estas agresiones son muy graves no presentan los mismos rasgos que las agresiones contra la mujer pareja (Asua, 2004). Pendiente para la teoría feminista es el estudio de si los rasgos diferenciales de la violencia respecto de la mujer pareja se reproducen en las agresiones respecto de las hijas o madres.¹⁵

La razón política sería argüir que la LPI legisla específicamente sobre el caso de mujeres parejas maltratadas, pues éste es el caso que actualmente sucede con más frecuencia. Y que siempre que se intenta legislar para proteger a la mujer no faltan los intentos de ir ampliando tanto el delito que al final se olvida cuál es el problema originario que se intentaba resolver (Asua, 2004). Este proceso de neutralización de la mujer es, por tanto, visible en el delito de «violencia doméstica», donde los ataques a la mujer quedan englobados en los ataques a «la paz familiar», y donde las víctimas de delito se amplían tanto que en el año 2003 acaba no sólo protegiéndose todo el ámbito doméstico sino además incluyendo a los ancianos sometidos a custodia o guarda en un centro público (!).

En consecuencia, el énfasis que la LPI ha puesto en «la mujer» podría entenderse como una respuesta a las sucesivas ampliaciones del delito de violencia doméstica que acaban por equiparar la violencia contra la mujer, la violencia entre hermanos y la violencia en centros públicos contra los ancianos.

Resumiendo, la regulación específica de la mujer pareja respecto de las mujeres hijas o madres se ha defendido por el distinto número de víctimas, y podría eventualmente ser defendida si se entiende que son delitos que responden a dinámicas diversas. Pero, sea por uno u otro motivo, la diferencia de trato presente en

15. Evidentemente, éstas no quedan desprotegidas, en algunos casos existen tipos penales agravados, lo que falta por argumentar es por qué no se les otorga la protección reforzada de los tipos penales superagravados.

la LPI refleja también, a mi parecer, el impacto de los grupos de presión precisamente no constituidos ni por hijas ni por ancianas.

Finalmente, también el autor de estos delitos puede ser polémico. En función de cómo se responda a esta pregunta, eso se entenderá como una vulneración del principio de igualdad, pero también de nuevo, como veremos, comportará la exclusión de algunas mujeres.

4. EL AGRAVANTE DE PENAS EN ATENCIÓN A LOS SUJETOS

Como ya hemos visto, las amenazas, coacciones, maltratos no habituales y lesiones son más castigados si se realizan contra «la esposa o mujer con la que hay relación de afectividad» o también si se realizan «contra una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

Pero, ¿quién puede ser el autor? En principio puede ser hombre o mujer, ya que la ley señala el «quien», y eso ha tendido a interpretarse de forma neutral en el derecho penal.

Ahora bien, si todo el mundo atiende a la finalidad de la ley que 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 (art. 1), entonces surge la duda de si una mujer que pega a otra contribuye a esta discriminación o lo hace aprovechándose de unas relaciones de poder y desigualdad.

A mi parecer, la falta de conocimiento, comprensión y estudio de los maltratos entre parejas de mujeres lesbianas impide afirmar si en éstas se dan los rasgos característicos que han llevado a dar protección reforzada a una mujer en su relación con un hombre.

La segunda cuestión más debatida es si se niega que la mujer pueda ser autora de estos delitos, y considerando que la víctima ha de ser en todo caso una mujer,¹⁶ ¿qué pasa cuando la mujer pega a su pareja hombre?

Parece ser que en este caso los jueces optan por aplicar el artículo 153.2 a la mujer. Pero entonces es cierto que si al hombre le aplican el atenuante previsto en el artículo 153.4, la pena es idéntica para el hombre que para la mujer.¹⁷ Con lo que una no puede dejar de preguntarse si valía la pena atizar tanto la discusión relativa a la «discriminación positiva» presente en esta ley para acabar con este resultado.

Una última cuestión es la duda sobre si es necesario que haya habido convivencia en algún momento o si, por el contrario, es suficiente con la relación de afectividad. Es decir, si se incluyen las relaciones de noviazgo. La jurisprudencia

16. Excepto que la víctima fuese especialmente vulnerable y entonces sí podría ser un hombre.

17. Ambos extremos deberían confirmarse con estudios empíricos relativos a cómo la LPI está siendo aplicada, que esperamos tenga pensado realizar la Administración para comprobar la eficacia e impacto de la ley.

tiende a ser refractaria a admitir las relaciones de noviazgo, pues considera que sólo la pareja de hecho que convive o ha convivido es análoga al matrimonio.

5. DERECHO PENAL EXCEPCIONAL

Otra de las novedades de la ley consiste en establecer excepciones al régimen general de penas establecido en el Código penal.

En mi opinión, las más relevantes son las siguientes.

5.1 Suspensión de la pena de prisión de hasta dos años

Como es sabido, en España es posible que una persona que ha realizado un delito castigado con pena de hasta dos años no vaya a prisión si esa es la primera vez que delinque. Durante el período en que tiene suspendida la pena de prisión, la persona debe «abstenerse de delinquir y el juez puede además condicionar la suspensión a alguna otra regla de conducta» (art. 80 CP).

Uno de los problemas generales de la suspensión de pena de prisión, agudizado en el supuesto de que el juez decida imponer reglas de conducta, es cómo evitar que frente a la primera infracción la persona vuelva a prisión. Eso es debido a argumentos pragmáticos y de justicia.

Pragmáticos porque si el interés es evitar que la persona entre en prisión por un primer delito, parece razonable que pensemos que cualquier infracción no ha de servir para enviarlo a prisión, pues en este supuesto lo único que habremos conseguido es aumentar el trabajo burocrático del sistema judicial (por ejemplo, que la persona no acuda al juzgado a comunicar el cambio de domicilio).

De justicia porque parece claro que no toda infracción de cualquier regla de conducta tiene la misma importancia. Mientras podamos entender que se revoque la suspensión a quien vuelve a delinquir, sería desproporcionado que ésta fuese la única respuesta a toda infracción. Por eso el Código penal prevé que el juez pueda sustituir la norma o prorrogar el plazo de suspensión (art. 84).

En el supuesto de la violencia de género¹⁸ se establece un derecho excepcional relativo a la suspensión de la condena de prisión (art. 83.6) por varios motivos:

Por un lado porque el juez tiene la obligación de imponer reglas de conducta de alejamiento en los casos de delitos relacionados con la violencia de género (art. 83.6).

Esta primera excepción plantea dos problemas. El primero detectado por la Circular 4/2005 de la Fiscalía es cómo hay que entender esta expresión. En su opinión, delitos relacionados con violencia de género lo son sólo los delitos de los artículos 153 y 173. Si bien esta interpretación goza de la ventaja de ser clara y precisa, tampoco hay duda de que también es restrictiva.

18. Como ya he dicho, no está clara la expresión «violencia de género», si abarca sólo los art. 153 y 173 o si, por el contrario, tiene que acoger todo aquello que la propia ley en su art.1.3 define como violencia de género.

El segundo problema que se presenta a menudo en todo lo que rodea a este tema es el de la obligatoriedad de que el juez imponga las prohibiciones de acudir a determinados lugares, acercarse a la víctima y obligar a acudir a un tratamiento.

Estas prohibiciones, muy lógicas en algunos casos, serán muy ilógicas en otros. El legislador presupone que todos los supuestos de violencia doméstica tienen una misma gravedad. Y además desconoce la voluntad de la víctima, la cual, en algunos casos, manifestará su clara oposición a la imposición de estas reglas de conducta.¹⁹

Finalmente, la LPI establece como única reacción a la vulneración de cualquier regla de conducta la revocación de la suspensión (art. 84), dilapidando con eso lo conseguido por las fuerzas progresistas del derecho penal de evitar sancionar todo incumplimiento de las reglas de conducta de la suspensión con la prisión.

5.2 El quebrantamiento de condena

De acuerdo a la LO 15/2003, que modificó el Código penal, el quebrantamiento de cualquier prohibición de alejamiento podía ser castigado con la pena de prisión.

Esta regulación representa una excepción y un aumento punitivo ya que generalmente se ha defendido la improcedencia de castigar el quebrantamiento de una pena no privativa de libertad con la pena de prisión. El argumento, basado en principios de proporcionalidad, es que si la comisión del delito principal no comporta pena de prisión, parece desproporcionado que el quebrantamiento de condena sí lo comporte. Esta regulación, no obstante, era potestativa, es decir, el juez podía aplicar prisión o tbc.

La LPI da un paso más e impone en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a todos los que quebranten cualquier pena del artículo 48 o una medida cautelar de la misma naturaleza.²⁰

Esta regulación es, a mi entender, objetable, pues no parece adecuado imponer la misma pena a todos los quebrantamientos. En tanto algunos quebrantamientos en efecto pueden comportar un riesgo para la mujer, otros no comportan ningún riesgo. Además eso supone de nuevo desconocer la opinión de la mujer al respecto.²¹ Observamos, no obstante, que aquí no se ofrece una protección reforzada a la mujer, ya que el artículo 468 se remite de forma genérica a todos los sujetos del artículo 173.2 (es decir, todas las personas incluidas en el círculo doméstico).

En este sentido, hay que decir que el Tribunal Supremo ha declarado en STS 26-09-2005 (núm. 1156/2005) que «(...) la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento,

19. Esto también sucede en el art. 48: la prohibición de alejamiento es obligatoria como pena accesoria y por un período de tiempo mayor. Como esta reforma se operó para la LO 15/2003, la LPI no la ha alterado pero establece también un régimen excepcional.

20. Por el contrario, en mi opinión, quebrantar la medida de alejamiento de la suspensión de la pena del art. 80 no es quebrantamiento de condena, ya que este quebrantamiento ya lleva su propia sanción, que es la revocación de la suspensión. Véase más extenso a González (2005).

21. Véase Larrauri (2005).

por lo que ésta ha de desaparecer y quedar extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener —en su caso— una medida de alejamiento».²²

5.3 La obligación del quebrantamiento

Como he apuntado al referirme a la suspensión de la pena de prisión (art. 83), ésta queda condicionada en los «delitos relacionados con la violencia de género» en todo caso a que el agresor siga un tratamiento (regla 5).

Para las personas no juristas se debe simplificar e indicar que el juez, en el supuesto de que condene por el artículo 153 o por el 173, puede condenar a prisión o tbc. Si condena a tbc, ésta será probablemente la única pena.

Si condena a seis meses de prisión (y hasta dos años) puede:

- a) si la persona no tiene antecedentes, suspender la pena; en este supuesto queda obligado a imponer una prohibición de aproximación y comunicación con reglas de conducta de la suspensión y a aplicar un tratamiento;
- b) si la persona tiene antecedentes, el juez puede sustituir la pena de prisión sólo por tbc (y no por multa como en el resto de delitos) y debe imponer además el tratamiento y la prohibición de aproximación y comunicación.

Así pues, en todos los casos en que la pena de prisión no se ejecute inmediatamente, parece que el condenado se verá obligado a seguir un tratamiento.

La obligación del tratamiento, siendo ésta una pena siempre controvertida desde numerosas perspectivas, puede ser adecuada, pero plantea diversos problemas: ¿qué hacer cuando no hay programas de educación a los que el juez pueda enviar al agresor?, ¿qué pasa con la voluntariedad del tratamiento?, ¿cuándo se considera que el tratamiento ha fracasado?, ¿puede ser la sanción la revocación de la suspensión en todo caso?, ¿se descuenta el tiempo que ha estado en tratamiento si la pena de prisión llega a ejecutarse?

Muchas preguntas a las que la LPI da escasas indicaciones de haber pensado las respuestas. En este sentido la LPI ha introducido un castigo innovador pero falta ver cómo éste se llena de contenido.

BIBLIOGRAFÍA

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*, nº 1. Bilbao: Universidad de Deusto.

22. Aunque aún están por ver los efectos que producirá la imposición de penas de alejamiento en todo caso.

23. Véanse los últimos análisis en Medina (2005).

- BOLDOVA, M.A.; RUEDA, M^a A. (2004) «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal». *La Ley* (nº 6146, 14 de diciembre 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*, nº 34, 17 al 23 de septiembre; CP 70.
- GONZALEZ, C. (2005) «La pena de alejamiento del art. 48». Tesina de investigación presentada en la UAB, octubre, 2005, inédita.
- IÑIGO, E. (2005) «Aspectos penales de la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género». En: 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*, nº 2. Bilbao: Universidad 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*, nº 2. Bilbao: Universidad de Deusto.