

# LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA LEY INTEGRAL

## Valoración político-criminal

Patricia Laurenzo Copello

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Málaga*

LAURENZO COPELLO, Patricia. La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-08, p. 08:1-08:23. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>  
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-08 (2005), 16 jul]

**RESUMEN:** La perspectiva de la autora del presente artículo consiste en que, desde que la violencia contra las mujeres en la pareja se convirtiera en un asunto de interés público, el legislador español intentó combatirla dentro de un modelo generalista, centrado en la tutela de todos los miembros vulnerables del ámbito doméstico. El proceso continuo de ampliación del círculo de sujetos pasivos que tuvo lugar con motivo de las reiteradas reformas de los delitos de maltrato doméstico habría, desde este punto de vista, acabado por oscurecer el problema de la violencia de género al convertirlo en un caso más dentro de un cúmulo caótico de relaciones de subordinación y dominio en el que la mujer aparece asociada a los seres más débiles de las relaciones familiares, como los niños, incapaces y ancianos.

Todo ello habría desembocado en una confusión entre violencia doméstica y violencia de género, dos conceptos que, aunque emparentados entre sí, hacen referencia a realidades distintas necesitadas, según la autora, de respuestas penales autónomas. La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, intenta reconducir esta situación a través de la definición de la violencia de género como aquella que sufren las mujeres como consecuencia de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los

hombres sobre las mujeres (art. 1). Se deja claro así, que la violencia contra las mujeres constituye una categoría específica de violencia social que tiene su origen en la discriminación estructural de la mujer por el reparto no equitativo de roles sociales y que no tiene parangón en el sexo masculino.

Ese carácter intergrupar de la violencia de género explica y concede fundamento a la decisión político-criminal de crear unas agravantes específicas para tutelar de modo más intenso a la mujer frente a eventuales agresiones de su pareja, contrarrestando así los injustificados reproches de inconstitucionalidad que ha recibido la Ley Integral. Con todo, en el artículo se mantiene que la opción decidida de la Ley Integral por el incremento de la intervención punitiva parece poco meditada, y en su afán de confiar en el Derecho penal como instrumento supuestamente idóneo para resolver todos los males de la sociedad acaba por traicionar importantes postulados del pensamiento feminista, en particular, la apuesta por una sociedad menos autoritaria, donde primen las técnicas pacíficas en la resolución de conflictos y el respeto de la dignidad y demás derechos básicos de la personalidad de todos los ciudadanos, sin diferencia alguna en razón de su sexo u otras características personales.

**PALABRAS CLAVES:** Violencia de género, violencia doméstica, discriminación por razón de sexo, Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Fecha de recepción: 16 junio 2005

Fecha de publicación: 16 julio 2005

**SUMARIO:** 1. Delimitación conceptual: ¿violencia de género o violencia doméstica? 2. Las opciones político-criminales de la Ley Integral. 3. La protección penal reforzada de

*la mujer. 3.1. Los términos de la discusión: concepto y alcance del mandato constitucional de no discriminación. 3.2. La Ley Integral y el mandato de no discriminación. 3.3. Derecho penal y políticas de acción positiva: dos campos difíciles de conciliar. 4. Valoración final: los riesgos de la opción punitivista.*

## 1. Delimitación conceptual: ¿violencia de género o violencia doméstica?

Desde que la violencia contra las mujeres saliera del ámbito privado para convertirse en un asunto de interés público ampliamente difundido por los medios de comunicación, el legislador enfocó el problema a partir de su calificación como un caso más de maltrato familiar. Así lo expresó con toda claridad con motivo de la inclusión del primer delito de violencia habitual en el año 1989, al justificar la nueva figura como un instrumento destinado a proteger “a los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”<sup>1</sup>.

Muy pronto la jurisprudencia recogió el testigo que le entregara el legislador penal y se inclinó por centrar la mirada en la “preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad”, explicando la razón de ser del delito de maltrato habitual como un mecanismo adecuado para la tutela de “la paz familiar”, seriamente afectada por unos actos violentos “que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación”, dañando así el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar<sup>2</sup>.

A partir de estas ideas iniciales, y con el apoyo que supuso la desmedida ampliación del círculo de sujetos pasivos a través de las diversas reformas del delito de violencia doméstica<sup>3</sup>, la jurisprudencia ha ido consolidando una doctrina que definitivamente sitúa el motivo de la tutela penal reforzada en la necesidad de proteger la dignidad de las personas que forman parte del núcleo de la vida doméstica –u otras situaciones asimiladas– y, sobre todo, de dar protección a la familia como institución reconocida y amparada por nuestro ordenamiento constitucional (art. 39 CE)<sup>4</sup>.

Tampoco han faltado voces en el panorama doctrinal que, con fundamentos diversos, erigen a la propia “unidad familiar” en el sujeto pasivo del delito de violencia habitual, configurando así una especie de bien jurídico supraindividual que quedaría

<sup>1</sup> Exposición de Motivos de la LO 3/1989, de 21 de julio, que modificó el art. 425 del Código penal anterior, incluyendo el delito de maltrato físico habitual contra el conviviente, hijos u otros menores o incapaces sometidos a tutela o guarda de hecho del agresor o agresora.

<sup>2</sup> STS 24/06/2000.

<sup>3</sup> Sobre los efectos negativos de la ampliación desmedida del tipo del art. 173 y su pérdida de especificidad, véase Laurenzo Copello, *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*, en SERTA. In memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, 2004, pp. 834 y ss.

<sup>4</sup> Son múltiples los pronunciamientos del Tribunal Supremo que centran en la paz familiar el bien jurídico protegido por el delito de violencia doméstica –entre los más relevantes, SSTS 7/09/2000 y 11/03/2003–; pero, sobre todo, se trata de una doctrina plenamente arraigada en las Audiencias Provinciales –sólo a título de ejemplo, véanse SAP Málaga, Sección Segunda, 763/2003, 1 de diciembre; SAP Valencia, Sección Quinta, 316/2004, 11 de octubre; SAP Cádiz 137/2004, 23 de septiembre–.

vinculado a los deberes jurídicos de protección y asistencia mutua que surgen de las relaciones familiares<sup>5</sup>.

De esta manera, un delito que se creó al calor de la creciente preocupación social por la proliferación de actos de violencia extrema contra las mujeres nació desde el principio claramente desenfocado, apuntando al contexto dentro del cual suele manifestarse este tipo de violencia antes que a las auténticas causas que la generan<sup>6</sup>. Basta una rápida mirada a la amplia relación de sujetos pasivos contenida en el artículo 173.2 CP y a la inabarcable literatura que esta figura delictiva ha generado, para comprender que la estrategia políticocriminal ha discurrido por caminos muy diferentes a los que cabía esperar a la vista de una realidad tozuda que día a día señala a la mujer como víctima preferente de los actos violentos relacionados con la pareja. Pese a los datos abrumadores en este sentido, todo el sistema penal parece empeñado en dejar a la mujer en un segundo plano, para buscar la causa de este tipo de violencia en un contexto mucho más amplio dentro del cual ella aparece como una víctima más de una larga lista de potenciales afectados.

De modo menos ingenuo del que a primera vista pudiera parecer, tanto el legislador –al menos hasta 2003– como la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria coinciden en situar la razón última de este tipo de violencia en las relaciones de subordinación que tienen por causa la convivencia en el ámbito doméstico u otros asimilados o, lo que es igual, en la especial vulnerabilidad que se deriva de determinadas relaciones familiares o cuasi familiares, sea por existir una dependencia jurídica entre víctima y agresor – patria potestad, tutela, curatela, etc.–, sea por la posición fáctica de debilidad que ocupa la víctima respecto del autor por causas diversas –edad avanzada, incapacidad, etc.–. En otros términos: las causas de la violencia se buscan en la propia naturaleza de las relaciones familiares, cuyas características de subordinación y dependencia vendrían a favorecer una posición de dominio de ciertos miembros del grupo familiar sobre otros y la correlativa indefensión de estos últimos<sup>7</sup>. De ahí el predominio del término “violencia doméstica”, sin duda muy adecuado para designar ese amplio fenómeno al que desde el mismo nacimiento del primer delito de malos tratos se ha orientado la respuesta del Derecho penal<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 134 y s.; también Del Moral García, *El delito de violencia habitual en el ámbito familiar*, en “Delitos contra las personas”, Manuales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 314.

<sup>6</sup> Si bien no siempre se vincula la esencia del delito a la familia en sentido estricto, sino, de modo mucho más genérico, a las relaciones de subordinación asociadas a un amplio “núcleo de convivencia doméstica”. Así, Morillas Cueva, *Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma*, en Morillas Cueva (coord.), *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Madrid, 2002, p.673. Se trata de una perspectiva algo diferente a la concepción jurisprudencial que sitúa a la familia como objeto de tutela, pero en nada cambia el enfoque de fondo que sigue ocultando la violencia de género dentro de un cúmulo indiferenciado y cada vez más extenso de relaciones de subordinación y dependencia de orígenes muy diversos.

<sup>7</sup> Claramente en esta línea, Muñoz Sánchez, en Díez Ripollés/Romeo Casabona, *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, t. II, p. 96.

<sup>8</sup> De ahí la tendencia mayoritaria a identificar el bien jurídico protegido por los delitos de maltrato doméstico con la integridad moral. Véanse en esta línea, entre otros, Olmedo Cardenete, *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001, pp. 44 y ss.; Morillas Cueva, *Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica*, cit., p. 672; Marín de Espinosa Ceballos, *La violencia doméstica*.

Sin embargo, como bien ha destacado Asúa, se da la paradoja de que quien menos encaja en esta perspectiva tuitiva centrada en las relaciones familiares de sujeción y vulnerabilidad es precisamente la mujer, ya que en su caso no hay razones jurídicas ni menos aún naturales que la releguen a una posición de dependencia o subordinación en el contexto doméstico. Al contrario, la ley le reconoce plena igualdad con su pareja y, salvo casos excepcionales que nada tienen que ver con el sexo, sus características físicas y psíquicas no permiten calificarla como un ser “naturalmente” débil<sup>9</sup>. Su situación no es asimilable, en consecuencia, a la de los niños, ancianos o incapaces que, por sus propias condiciones ocupan una posición de partida necesariamente subordinada en el ámbito de la familia. Estos miembros del grupo doméstico *son* naturalmente vulnerables; a la mujer, en cambio, es el agresor quien la *hace* vulnerable a través del ejercicio de la violencia. La vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón -al amparo de las pautas culturales dominantes- para mantenerla bajo su control absoluto.

Por eso, la causa última de la violencia contra las mujeres no ha de buscarse en la naturaleza de los vínculos familiares sino en la discriminación estructural que sufren las mujeres como consecuencia de la ancestral desigualdad en la distribución de roles sociales. La posición subordinada de la mujer respecto del varón no proviene de las características de las relaciones familiares sino de la propia estructura social fundada todavía sobre las bases del dominio patriarcal. Bien es verdad que, en la práctica, es en el contexto doméstico donde con mayor frecuencia se manifiesta este tipo de violencia. Porque es allí donde adquieren más intensidad las relaciones entre hombre y mujer. Pero eso no significa que la familia sea la causa de la violencia de género. También las agresiones sexuales o el acoso laboral son manifestaciones de este fenómeno y nada tienen que ver con el contexto familiar.

De ahí lo inapropiado de identificar violencia de género con violencia doméstica. Aunque emparentados, se trata de fenómenos diferentes, debidos a causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas. La confusión de ambos conceptos ha conducido a que la violencia contra las mujeres quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima, dando lugar a una respuesta desenfocada del Derecho penal no carente de peligrosos efectos prácticos.

Entre las consecuencias más evidentes destaca el riesgo de que, una vez más, la violencia de género quede oculta tras otras formas de comportamiento violento, impidiendo así que la sociedad visualice<sup>10</sup> de modo claro que se trata de la manifestación más

*Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Granada, 2001, pp. 192 y s.; Muñoz Sánchez, en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 96.

<sup>9</sup> Asúa Batarrita, *Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*, en Cuadernos Penales José María Lidón, “Las recientes reformas penales: algunas cuestiones”, Bilbao, 2004, pp. 218 y s.

<sup>10</sup> Llama la atención sobre este efecto vinculado a la desmedida ampliación del catálogo de sujetos pasivos del art. 173.2 CP, Asúa Batarrita, *Los nuevos delitos*, cit., p. 204. La utilización del Derecho como instrumento para otorgar nuevo significado a determinadas conductas arraigadas en el modelo patriarcal es una estrategia asumida por ciertos sectores del feminismo teórico. Véase al respecto, Pitch, *Un derecho para dos*, Madrid, 2003, pp. 258 y s.

extrema de una discriminación estructural que las mujeres vienen padeciendo desde tiempos remotos y no del efecto indiferenciado de unas relaciones de sujeción familiar que pueden afectar por igual a cualquier miembro del entorno doméstico, sea hombre o mujer, niño o anciano.

Seguramente se argumentará que tales consideraciones alientan un uso puramente simbólico del Derecho penal puesto al servicio de los fines reivindicativos de grupos feministas<sup>11</sup>, una crítica que sin duda alimentan algunos de estos colectivos con su permanente apelación al Derecho penal arrastrados por el frenesí punitivista que invade a toda la sociedad.

Pero más allá de esta criticable tendencia, lo cierto es que el empeño en tratar el problema de las agresiones a mujeres dentro del modelo de la violencia doméstica pone de manifiesto una preocupante falta de comprensión del fenómeno o, tal vez, la falta de interés por llegar a las causas últimas que lo generan. Por eso, cuando se reivindica un tratamiento jurídico independiente para esta clase específica de violencia no se trata – sólo- de desvelar la radical injusticia que ella entraña. Se trata, sobre todo, de orientar la política legislativa hacia las auténticas causas del problema, única garantía del desarrollo de estrategias mínimamente aceptables para combatirlo. El camino indiferenciado que hasta ahora venía siguiendo el legislador español -amparado por jurisprudencia y doctrina mayoritaria-, apuntando a la familia como causa y a la vez víctima del fenómeno, pone al descubierto la pertinaz resistencia de muchos sectores sociales a reconocer que la violencia de género existe como fenómeno social, es decir, como un tipo específico de violencia vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer- y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales, en pautas culturales muy asentadas que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer<sup>12</sup>.

Afortunadamente, la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante *Ley Integral*), ha dado un paso sustancial de cara a reconducir este proceso. Aun compartiendo los reparos técnico-jurídicos que suscita la introducción de definiciones en un texto legal, lo cierto es que en este caso resultaba imprescindible delimitar con claridad el tipo de violencia que se pretende combatir con

<sup>11</sup> No faltan voces en el Derecho penal que acusan a los movimientos feministas de casi todos los males del movimiento punitivista de los últimos años. Particularmente duro, en este sentido, el Prólogo de Enrique Gimbernat a la 10ª edición del Código Penal (ed. Tecnos), donde llega a comparar a estos grupos con el “nacionalcatolicismo” de tiempos pasados.

<sup>12</sup> Paradigmático resulta en este sentido el Informe del Consejo General del Poder Judicial al “Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres”, de 24 de junio de 2004, donde, entre otras consideraciones, se critica que la Ley tome “como punto de partida un concepto de violencia que a menudo se confunde con el de la mera agresión, y además atribuye sólo la condición de sujeto dominante al varón, y de dominado a la mujer, dejando al margen otras posibles situaciones que demandan análoga atención por la ley” (p. 15). Como se ve, el Consejo sólo se muestra dispuesto a admitir la existencia de casos individuales de violencia contra las mujeres –“agresiones”, los llama-, pero no así una categoría específica de violencia caracterizada por el sexo de la víctima. Sin duda el peor escenario posible de cara a entender el sentido de la Ley Integral. Sólo así se comprende que abogue por una “ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación”, una propuesta cuando menos contradictoria si se tiene en cuenta que el mismo informe reconoce que, salvo la mujer, el resto de los grupos afectados por situaciones de subordinación -niños, ancianos e “incluso hombres”- reciben una tutela adecuada en el ordenamiento penal vigente (p. 14) Si lo que hay es suficiente no se entiende para qué haría falta esa demandada ley integral.

la batería de medidas de carácter educativo, asistencial, laboral, penal y procesal que contiene la nueva regulación. Y eso es lo que consigue la Ley al circunscribir su objeto a la violencia que sufren las mujeres “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (artículo 1).

Sin embargo, no basta una definición legal para superar una concepción fuertemente arraigada en la práctica judicial y en la doctrina especializada. Sobre todo si se tiene en cuenta que, desde el punto de vista penal, los principales instrumentos para hacer frente a la violencia contra las mujeres siguen ligados al modelo de “violencia doméstica” que consagran los artículos 173.2 y 153 del Código penal, al igual que la normativa sobre órdenes de protección<sup>13</sup>. Por eso, no es de extrañar que la jurisprudencia siga anclada en la “paz familiar” como objeto de tutela<sup>14</sup>, ignorando en buena medida las connotaciones de género que explican la violencia padecida por las mujeres a manos de sus parejas. Una incompreensión con importantes repercusiones prácticas que acaban por restar eficacia a la función preventiva que debería cumplir, sobre todo, el delito de violencia habitual del art. 173.2 del Código penal.

Entre los efectos más perniciosos destaca, en primera línea, la tendencia jurisprudencial a castigar por un delito único de maltrato habitual incluso los supuestos en los que son varias las personas del entorno doméstico sometidas a la violencia del agresor, un punto de vista que resulta coherente con la construcción de un bien jurídico supraindividual relacionado con la propia “unidad familiar”, pues, como señala Acale, “con los malos tratos se estarían lesionando las relaciones familiares, independientemente de que en una ocasión se lesione al cónyuge...y en las otras a uno de los hijos o a los ascendientes”<sup>15</sup>. De esta manera, una conducta tan íntimamente vinculada a derechos de naturaleza personalísima como la vida, integridad personal o dignidad de quienes se ven sometidos al clima de violencia permanente impuesto por el agresor, queda reducida para el Derecho penal a un simple atentado a la institución familiar, sin consideración alguna a los graves efectos sobre cada uno de los sujetos del maltrato.

Algunos autores pretenden justificar esta reducción a un único delito partiendo de la definición de habitualidad contenida en el nº 3 del art. 173, en cuya virtud cabe apreciar esta circunstancia aún cuando los actos de violencia acreditados afecten a víctimas diferentes. Se considera que si la ley hubiese querido admitir tantos delitos como víctimas debería haber exigido la prueba de esa pluralidad de actos de maltrato respec-

<sup>13</sup> Ley 27/2003, de 31 de julio.

<sup>14</sup> Y ello pese a la ampliación del círculo de sujetos pasivos operada tras la reforma de la LO 11/2003, que al incluir a otras personas vulnerables sometidas a custodia en centros públicos o privados (residencias de la tercera edad, centros hospitalarios, educativos, etc), defuminó incluso la referencia al ámbito “doméstico” –en esta línea también Boldova Pasamar/ Rueda Martín, *El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal español*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 14, 2004, p. 21 -, inclinándose cada vez más hacia la tesis partidaria de convertir la figura de malos tratos en un macro delito destinado a proteger a cuantas personas puedan encontrarse en una posición de inferioridad fáctica derivada de alguna relación de sujeción jurídicamente determinada. Hacia este modelo apuntaba ya Gracia Martín, en Díez Ripollés/ Gracia Martín (coord.), *Comentarios al Código Penal, P.E.*, Vol. 1, p. 444.

<sup>15</sup> Acale Sánchez, *El delito de malos tratos*, cit., p. 216.

to a cada una de ellas y no de modo indiferenciado, como hace el texto legal<sup>16</sup>. Este criterio pierde de vista, sin embargo, que el concepto de habitualidad establecido en la ley no persigue resolver problemas concursales sino determinar el contenido preciso de un elemento normativo destinado a circunscribir la conducta típica<sup>17</sup>. Por esta vía se deja claro que la habitualidad requerida en el tipo constituye un dato fáctico caracterizado por el clima de violencia permanente en el que el agresor sume a la víctima del maltrato<sup>18</sup>. De ahí que resulte indiferente si los episodios concretos destinados a probar ese clima de agresividad habitual se refieren siempre al mismo o a diversos miembros del grupo familiar. Se trata, en definitiva, de una cuestión de prueba. Pero, una vez establecida la existencia de ese clima habitual de agresividad, la decisión sobre quiénes han de considerarse sujetos pasivos del delito depende de otros parámetros, en concreto, del número de personas que hayan sido objeto de malos tratos físicos o psíquicos dentro de ese contexto de violencia permanente. Si son varios quienes los sufren, ninguna razón hay para negarles una tutela individualizada que se traduzca en la apreciación de tantos delitos como víctimas se computen. Salvo, claro está, que se quiera seguir la opinión jurisprudencial que erige a la propia familia en objeto de tutela.

Como es fácil de comprender, el camino unificador que se ha impuesto en la interpretación del art. 173 perjudica de modo muy importante su efecto preventivo, pues el agresor tiene asegurado que no sufrirá mayor castigo aunque siembre el terror en todo el entorno que lo rodea.

Por otra parte, las referencias a la institución familiar como objeto de tutela abonan la idea de que el maltrato que sufren las mujeres a manos de sus parejas constituye un problema esencialmente privado –“doméstico”- que sólo en casos extremos justifica la intervención de terceros ajenos al núcleo familiar. Se fomenta así uno de los prejuicios culturales que en mayor medida han obstaculizado la persecución de la violencia de género, convirtiéndola en un asunto de familia que el propio grupo está llamado a resolver. Pero, además, se justifican por esta vía ciertas alternativas destinadas a “salvar” a la institución familiar, como sucede con las propuestas partidarias de conceder un espacio a la mediación entre los miembros de la pareja antes de acudir a la vía penal<sup>19</sup>, solución ésta que sólo consigue incrementar el sentimiento de culpa tan característico de las mujeres maltratadas<sup>20</sup> en lugar de facilitarles la conquista de su autonomía personal y la definitiva liberación del maltratador.

<sup>16</sup> Así Boldova Pasamar/ Rueda Martín, *El nuevo tratamiento*, cit., p. 26.

<sup>17</sup> Admite, con razón, la apreciación de concursos de delitos si hay varias víctimas dentro de un mismo contexto de violencia creado por el agresor, Maqueda Abreu, *La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma*, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 1530.

<sup>18</sup> Es jurisprudencia constante desde hace algunos años. Dice, por ejemplo, la STS núm. 1.208/2000, de 7 de julio: “lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”.

<sup>19</sup> Con razón, la Ley Integral opta por prohibir la mediación en todos los asuntos civiles relacionados con el divorcio, separación, relaciones paterno filiales y otros semejantes, cuando alguna de las partes del proceso haya sido víctima de violencia de género (art. 44.5 LO 1/2004)

<sup>20</sup> Véase Medina, *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Valencia, 2002, p. 201.

## 2. Las opciones político-criminales de la Ley Integral

La LO 1/2004 contiene un catálogo amplio y bien equilibrado de medidas de diversa naturaleza dirigidas a combatir de forma integral la violencia de género. Desde estrategias a *largo plazo* destinadas a transmitir al conjunto de la sociedad “nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres” (art. 3) –como es el caso, por ejemplo, de las actuaciones en el orden educativo (arts. 4-9), el control de la publicidad sexista (art. 10) o la formación de jueces y fiscales (art. 47)-; pasando por otras de *realización inmediata* que pretenden fomentar la autonomía de la mujer maltratada para facilitar su reinserción en la vida social y laboral –movilidad geográfica o flexibilidad de horarios en el ámbito laboral (art. 21), programas específicos de empleo (art. 22), subsidios y otras ayudas económicas (art. 27), prioridad en el acceso a viviendas protegidas (art. 28), entre otras-; hasta una batería de medidas de *prevención y control de riesgos* destinadas a reducir las cotas de inseguridad y desamparo propias de la mujer maltratada –protocolos para la detección precoz de la violencia de género en el ámbito sanitario (art. 15), derecho a la asistencia integral de las víctimas (art. 19), asistencia jurídica gratuita unificada en todos los procedimientos incluso de naturaleza administrativa (art. 20), etc.-

Sin embargo, esta amplia y acertada gama de medidas de naturaleza extra penal no ha conseguido imponer la imagen de una ley dispuesta a abrir el abanico de estrategias más allá del clásico y siempre dudoso recurso al Derecho penal. Al contrario, pese a la multiplicidad de enfoques que propone la Ley Integral, desde un principio todas las miradas se han dirigido a las novedades de naturaleza político-criminal, sin duda el aspecto más polémico de este nuevo conjunto normativo.

En esencia, dos son las grandes pautas que definen el nuevo modelo de intervención punitiva: la decisión de crear una tutela penal reforzada aplicable sólo a la mujer –con exclusión del varón- y el incremento generalizado de la severidad de la respuesta penal frente a la violencia de género.

Sólo de forma tímida la Ley ensaya alguna otra alternativa vinculada al sistema penal, como es el caso de la decisión de conceder una oportunidad al tratamiento de los maltratadores. Ello se expresa, por una parte, en la reforma del art. 83 del Código penal relativo a la suspensión de penas privativas de libertad, en cuya virtud será obligatorio imponer al condenado por un delito de violencia de género<sup>21</sup> el deber de “participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares” –art. 83.1. 5ª CP-<sup>22</sup>. Por otro lado, la ley prevé la

<sup>21</sup> Junto a la imposición obligatoria de las correspondientes medidas de alejamiento previstas en los números 1º y 2º del art. 83.1. CP.

<sup>22</sup> Véase art. 33 L. I. Téngase en cuenta que la reforma afecta además al *tipo de delitos* alcanzados por estas reglas especiales de suspensión de la pena, que ya no se concentran en las figuras de maltrato doméstico –arts. 173.2 y 153 CP- sino que se extienden a todos los delitos “relacionados con la violencia de género”, es decir, a todos los que impliquen “violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” siempre que los cometa quien sea o haya sido pareja de la víctima (art. 1.3. L.I.) No está claro si al realizar esta reforma –dirigida sin duda a reforzar la tutela de la mujer frente al riesgo de reincidencia de su agresor- el legislador fue consciente de que al mismo tiempo venía a excluir

puesta en marcha dentro del ámbito penitenciario de “programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género”, cuyo aprovechamiento y seguimiento por el penado se convierten en elementos relevantes para la obtención de todos aquellos beneficios penitenciarios que implican su eventual salida de prisión -progresión en grado, permisos de salida o libertad condicional<sup>23</sup>-.

La apuesta por la terapia del agresor siempre ha despertado fuerte resistencia entre los sectores relacionados con las víctimas de violencia de género, pues se entiende que es una forma de desviar fondos y esfuerzos hacia el responsable del maltrato en lugar de destinarlos a quienes sufren sus actos violentos. Sin embargo, tales opiniones pierden de vista que este tipo de iniciativas repercuten en beneficio de la propia víctima, ya que el aprendizaje en el control de la agresividad puede reducir –al menos en alguna medida- el altísimo riesgo de reincidencia implícito en esta clase de delincuentes<sup>24</sup>. Pero, además, cabe recordar que el Derecho penal ha de cumplir una función resocializadora que no puede quedar vedada a determinado tipo de autores sólo porque se considere particularmente reprochable la naturaleza del delito cometido. Todo delincuente tiene derecho a la reinserción y nada autoriza a que los maltratadores sean excluidos de esa posibilidad. Las posturas contrarias a ese derecho no sólo perjudican la finalidad de reducir al máximo las fuentes de violencia contra las mujeres, sino que resultan contradictorias con las bases mismas del discurso feminista, cuyo objetivo último es una sociedad más pacífica y tolerante, respetuosa de los derechos de todos los ciudadanos por igual, sin exclusiones ni rechazos fundados en causa alguna y menos todavía en el sexo de las personas.

### 3. La protección penal reforzada de la mujer

La gran novedad de la Ley Integral en materia de intervención punitiva consiste en la creación de una serie de figuras agravadas destinadas a proteger de modo específico a la mujer que fuere o hubiere sido pareja del autor de la agresión<sup>25</sup>.

otro tipo de manifestaciones del maltrato “doméstico” que nada tienen que ver con la violencia de género y que hasta ahora quedaban comprendidos en las reglas especiales de suspensión. Tal sería el caso, por ejemplo, del maltrato habitual hacia los hijos o los padres del agresor, sea cual fuere el sexo de unos y otros. Ciertamente, los efectos de esta omisión son poco relevantes porque, conforme a las reglas generales sobre suspensión de la pena, el juez siempre puede imponer cuantas obligaciones considere oportunas conforme a las circunstancias del caso, incluidas la prohibición de acercamiento a la víctima o la de acudir a los lugares que ella frecuenta. Pero este tipo de imprevisiones –propias de las urgencias y falta de reflexión a la hora de legislar- abonan el terreno para quienes injustamente reprochan a la Ley Integral un contenido tendencioso y discriminatorio.

<sup>23</sup> A la Junta de Tratamiento corresponderá valorar el grado de aprovechamiento de la terapia de cara a obtener esos beneficios penitenciarios. Véase art. 42 Ley Integral.

<sup>24</sup> Aparentemente, las terapias con mayores posibilidades de éxito se vinculan a la modificación del modelo mental del agresor, un tipo de intervención clínica que se reconoce sumamente delicada debido a la gran resistencia al cambio que manifiestan los agresores habituales. Muy valioso en este sentido el estudio de Andrés Montero Gómez, *Terapias para agresores de mujeres*, Consejo Vasco de la Abogacía, Bilbao, 2005, inédito.

<sup>25</sup> Durante la tramitación parlamentaria y como resultado de la insistencia de determinados sectores políticos y judiciales en la pretendida inconstitucionalidad de esta nueva estrategia penal, los redactores de la ley accedieron a añadir otro grupo de sujetos pasivos –“otras personas vulnerables que convivan con el autor”- que nada tiene que

Sus manifestaciones concretas son las siguientes:

- Agravante específica en el delito de lesiones para los casos en que “la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” (148.4º)<sup>26</sup>.
- Agravación de la pena del delito de maltrato ocasional del art. 153 CP cuando la víctima –mujer- sea pareja actual o pasada del agresor. El incremento punitivo consiste en elevar el mínimo de la pena de prisión de tres a seis meses, así como el límite máximo de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que pasa de tres a cinco años<sup>27</sup>. El aumento de la prisión sólo tiene efectos simbólicos, ya que nada cambia de cara a la posible suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad.
- Las amenazas y coacciones leves contra la mujer se elevan a la categoría de delito, incorporándose a los artículos 171 y 172 del Código penal.

Se trata de una de las decisiones político-criminales más polémicas de los últimos años como bien lo demuestran las fuertes reacciones de diversos sectores jurídicos que ponen seriamente en duda su conformidad con la Constitución<sup>28</sup>. Se alega, en particular, que estaríamos ante una lesión flagrante del art. 14 de la Constitución española al producirse un supuesto de discriminación por razón de sexo en contra del varón.

Los motivos de tal discriminación vendrían a concretarse en tres aspectos: por excluir al varón de forma sistemática y por el solo hecho de su sexo de la tutela penal reforzada frente a la violencia doméstica que se concede a la mujer; por vedarle el acceso a los nuevos juzgados de violencia creados con el fin de mejorar la tutela judicial de los ciudadanos –pero no de todos, sino sólo de algunos ciudadanos escogidos<sup>29</sup>-; y, sobre todo, por sancionarlo más severamente cuando agrede a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al sexo masculino<sup>30</sup>.

ver con la violencia de género y constituye un cuerpo extraño que viene a distorsionar el sentido y justificación de las agravaciones basadas en el sexo de la víctima. Sobre ello volveré más adelante en el texto.

<sup>26</sup> De paso, la Ley Integral (art. 36) añade la *alevosía* como circunstancia específica de las lesiones, una ampliación que resulta incomprensible si se tiene en cuenta que resultará aplicable a cualquier conducta subsumible en el artículo 147 del Código penal, con independencia de las características de los sujetos implicados y aunque la agresión nada tengan que ver con la violencia de género. Seguramente se estaba pensando en la frecuencia con que la mujer víctima de agresiones está totalmente desprotegida e indefensa frente a su pareja, pero una vez más la precipitación jugó una mala pasada al legislador, que acabó por crear una figura agravada que excede con creces el objeto de la ley integral.

<sup>27</sup> Sin embargo, se deja abierto el límite mínimo de la inhabilitación, siguiendo una técnica poco habitual en nuestro derecho.

<sup>28</sup> Muy claro en este sentido el ya citado Informe del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>29</sup> Dice el Informe del Consejo General del Poder Judicial –p. 23- que “la discriminación en este caso no está en obtener o no tutela judicial, sino en excluir a los varones del nuevo mecanismo judicial y de la manera concreta especialmente eficaz de obtener esa tutela”. Por lo demás, la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer también se han considerado discriminatorios respecto de otros colectivos vulnerables en el ámbito doméstico distintos de la mujer víctima de violencia de género, como puede ser el caso de una mujer maltratada por otra en

Para contrarrestar las críticas precedentes, los defensores de la Ley Integral – incluido el propio Gobierno- acudieron desde un principio a la idea de “acción positiva”, en cuya virtud se trata de justificar la adopción de medidas concretas de fomento y protección –incluso de naturaleza penal- destinadas a equilibrar la posición de desventaja inicial en la que se encuentran las mujeres como consecuencia de la discriminación que por razón de su sexo vienen padeciendo desde tiempos remotos<sup>31</sup>. Una política que viene avalada por el mandato del art. 9.2 de la Constitución que atribuye a los poderes públicos la función de remover los obstáculos que impiden o dificultan a algunos ciudadanos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales<sup>32</sup>.

### 3.1. *Los términos de la discusión: concepto y alcance del mandato constitucional de no discriminación*

Para adoptar una postura fundamentada sobre el debate de constitucionalidad que suscita la Ley Integral es imprescindible fijar previamente los términos de la discusión, esto es, el alcance y contenido del mandato de no discriminación del art. 14 CE y el sentido y función de las acciones positivas –la mal llamada “discriminación positiva”-.

Por lo que se refiere al primer aspecto, es conveniente recordar que tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada han trazado con toda nitidez las diferencias entre el mandato constitucional de no discriminación y el principio de igualdad formal<sup>33</sup> –recogidos ambos en el art.14 CE-. La prohibición de discriminar no es una mera concreción del principio de igualdad formal, sino, por el contrario, una medida de tutela adicional que encuentra su razón de ser precisamente en la insuficiencia de aquel principio para garantizar a todos los ciudadanos el pleno goce y disfrute de los derechos fundamentales y libertades públicas<sup>34</sup>.

El motivo es que no todos los ciudadanos ocupan la misma posición de partida en la estructura social. Al contrario, existen algunos colectivos que en virtud de la concurrencia en sus miembros de ciertos caracteres de identidad que les son propios – nacionalidad, religión, sexo, etc.- resultan minusvalorados por la cultura dominante y se sitúan en una posición subordinada en el reparto de roles sociales. Esa dato fáctico

una relación homosexual o los niños maltratados por cualquiera de sus progenitores. En esta línea se pronunció Enrique López López en su comparecencia en el Congreso de los Diputados: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, núm. 65, 20/7/2004, p. 20.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, la comparecencia de Bastide Freijedo en: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, núm. 64, 19/7/2004, p. 26. También Rey Martínez en: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, 22/7/2004, p. 56.

<sup>31</sup> Véase la comparecencia de Gregorio Peces Barba en: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, VIII Legislatura, núm. 64, 19/07/2004, p. 9.

<sup>32</sup> La Exposición de Motivos de la Ley Integral enmarca la función y sentido de esta legislación específica precisamente en este mandato constitucional: “Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en la Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud”.

<sup>33</sup> Ampliamente al respecto, Machado Ruiz, *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos: análisis del art. 511 CP*, Valencia, 2002, pp. 27 y ss.

<sup>34</sup> Véase, con más detenimiento, Laurenzo Copello, *La discriminación en el Código penal de 1995*, en Estudios Penales y Criminológicos, XIX, 1996, pp. 233 y ss.

de subordinación social –cuando no de exclusión- coloca a los miembros del grupo discriminado en una situación de partida desventajosa respecto de quienes ocupan las posiciones de poder, lo que produce un desequilibrio inicial que necesariamente distorsiona los efectos del principio de igualdad formal. Porque, como bien afirma Fernández López, aquellas desigualdades fácticas “niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores...que les impiden el igual goce de derechos<sup>35</sup>. De ahí que una aplicación “neutra” e indiferenciada del principio de igualdad formal sólo consiga perpetuar y ahondar la desigualdad sustancial<sup>36</sup> que oprime a determinados colectivos<sup>37</sup>.

La función del mandato de no discriminación consiste, pues, en neutralizar la desventaja inicial que para ciertos grupos representan los caracteres de identidad que la sociedad minusvalora. De ahí la prohibición tajante de fundar cualquier trato diferencial precisamente en alguno de esos caracteres distintivos que sitúan a los colectivos discriminados en una posición subordinada. Se trata, en otros términos, de garantizar la igualdad sustancial por la vía de remover los obstáculos que supone para ciertos ciudadanos su pertenencia a un grupo socialmente desplazado.

La consecuencia inmediata de esta forma de concebir el mandato de no discriminación es su orientación *unidireccional*<sup>38</sup>: dado que esta prohibición adquiere sentido por la necesidad de neutralizar el desequilibrio fáctico del que son víctimas los miembros de los colectivos socialmente subordinados, queda claro que se trata de una medida destinada a proteger precisamente a esas personas y no a quienes forman parte del sector dominante. Por eso, pese a las fórmulas neutras que en general se utilizan en el derecho antidiscriminatorio, ha de entenderse que todos los preceptos jurídicos dirigidos a prevenir la discriminación –también el artículo 14 de la Constitución- se dirigen a tutelar de modo exclusivo a los miembros de los colectivos discriminados y no a quienes conforman la identidad del grupo dominante<sup>39</sup>.

Así, cuando las normas jurídicas se refieren al sexo, la orientación sexual o la etnia como circunstancias fundamentadoras de un trato discriminatorio, están tutelando con ello a las mujeres, los homosexuales o los negros y no así a los varones, los heterosexuales o los blancos. Porque sólo respecto de los primeros aquellos caracteres de

<sup>35</sup> Fernández López, *La discriminación en la jurisprudencia constitucional*, en Relaciones Laborales, I-1993, p. 154.

<sup>36</sup> Como bien ha dicho Dworkin, “debemos tener cuidado de no usar la cláusula de igual protección para privarnos de la igualdad”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, 1995, p. 348.

<sup>37</sup> Precisamente aquí reside el punto más débil del “modelo de la igualdad” que se propugnó hace algunas décadas desde el movimiento feminista y cuyo objetivo era el reconocimiento de la plena igualdad jurídica entre los sexos o, si se prefiere, el reconocimiento de derechos iguales a todas las personas, con abstracción del sexo. Como bien afirma Tamar Pitch, al no existir correspondencia entre igualdad jurídica e igualdad sustancial –porque persisten las diferencias en el acceso al trabajo, la vida familiar, etc.-, aquel modelo acaba por favorecer la persistencia de las diferencias de fondo, con el agravante de dejarlas ocultas tras la equiparación jurídica. Cfr. Pitch, *Un derecho para dos*, cit., pp. 123 y ss.

<sup>38</sup> Así, con sólidos argumentos, Fernández López, *La discriminación*, cit., pp. 160 y ss; también Martín Vida, *Fundamentos y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, 2003, pp. 135 y s.

<sup>39</sup> Véase, Barrere Unzueta, *De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español*, en *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004, p. 27.

identidad constituyen un lastre que obstaculiza su acceso pleno a los derechos y libertades. Esos mismos caracteres –sexo, etnia, orientación sexual- cuando se corresponden con el modelo de ciudadano sobre el que está construido el sistema de convivencia social no representan obstáculo alguno para quienes los ostentan, haciendo innecesaria cualquier tutela adicional. Para ellos resulta suficiente la vigencia del principio general de igualdad ante la ley<sup>40</sup>.

De estas premisas cabe inferir dos grandes vertientes del mandato de no discriminación.

Por una parte, una manifestación *negativa*, consistente en la prohibición tajante de todo acto o medida perjudicial para un miembro del colectivo discriminado que tenga por fundamento alguna de las características de identidad que distinguen al grupo y lo sitúan en una posición de subordinación social.

El Código penal español conoce múltiples manifestaciones de esta vertiente del mandato constitucional, entre las que cabe citar la circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4<sup>a</sup> CP; los delitos de discriminación en el empleo (art. 314 CP) o en la prestación de servicios públicos u otras actividades profesionales (arts. 511 y 512 CP); o el delito de provocación a la violencia racista del art. 510 CP. Todos estos casos tienen en común la finalidad de conceder una protección reforzada a los miembros de colectivos socialmente minusvalorados con el fin de garantizarles que sus caracteres de identidad no serán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico<sup>41</sup>. Y en todos ellos aparece el sexo como una de las posibles causas del trato discriminatorio. El Derecho penal reconoce así que la condición femenina constituye uno de esos caracteres de identidad que sitúan a una parte de la población en una posición subordinada en la escala social y, por ello, necesitada de una tutela más intensa.

La otra vertiente del mandato antidiscriminatorio es de naturaleza *positiva*, y se concreta en la legitimación de políticas o medidas específicas tendentes a remover los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de derechos y libertades a los miembros de los colectivos minusvalorados. En este contexto se inscriben las políticas de acción positiva en sentido amplio, esto es, todas aquellas que favorecen o conceden alguna ventaja a los miembros de un colectivo que sufre discriminación estructural con el fin último de eliminar o paliar esa situación de inferioridad<sup>42</sup>.

Este tipo de medidas, de las que fue precursor el derecho norteamericano<sup>43</sup>, han recibido el aval de la jurisprudencia europea –y también del TC español- precisamente en el contexto de la discriminación por razón de sexo, admitiéndose diversas medidas destinadas a favorecer y facilitar la plena incorporación de las mujeres en la vida pública o laboral –reserva de plazas, preferencia en el acceso a un puesto de trabajo,

<sup>40</sup> Véase al respecto, Lorenzo Copello, *La discriminación por razón de sexo en la legislación penal*, Jueces para la Democracia, nº 34, 1999, p. 19.

<sup>41</sup> Véase, ampliamente, Lorenzo Copello, *La discriminación en el Código Penal de 1995*, cit., pp. 223 y ss.; García Álvarez, *El Derecho penal y la discriminación*, Valencia, 2004, pp. 38 y ss.

<sup>42</sup> Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales*, cit., pp. 37 y ss.

<sup>43</sup> Sobre la evolución de la doctrina de las acciones positivas –“affirmative actions”- en la justicia norteamericana, véase Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice*, Yale University, 1991, p. 163 y ss.

flexibilidad de horarios laborales, etc.<sup>44</sup>. Y todo ello con el fundamento de la necesidad de equilibrar la situación de desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres derivada de la función meramente doméstico a la que, durante siglos, ha sido relegado el sexo femenino.

Por eso, resulta equivocado valorar este tipo de medidas como meras excepciones al principio de no discriminación. Lejos de ser un factor de tensión respecto del mandato antidiscriminatorio, las políticas de acción positiva constituyen auténticas *concreciones* de este principio constitucional observado desde su vertiente dinámica. Precisamente en ese contexto adquiere sentido el artículo 9.2 de la Constitución española en cuya virtud los poderes públicos tienen el deber de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y de “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud”, facilitando “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En otros términos: remover los obstáculos que obstruyen la igualdad sustancial con el fin de hacer posible la participación de todos los ciudadanos en la vida pública en condiciones de igualdad, cualquiera que sea su sexo, etnia o condición personal, cultural o social.

### 3.2 *La Ley Integral y el mandato de no discriminación*

Sobre las bases teóricas que se acaban de perfilar, corresponde preguntarse ahora si, tal como han planteado diversos sectores del ámbito jurídico, la decisión político-criminal de conceder una tutela reforzada a la mujer frente a los actos de violencia de género supone una violación del mandato constitucional de no discriminación.

Para responder a este interrogante conviene distinguir los dos grandes aspectos en los que se concreta el reproche de supuesta discriminación del varón, esto es, de una parte, por su exclusión del catálogo de *sujetos pasivos* amparados por las nuevas agravantes y, de otra, por su punición más severa cuando adopta el papel de *sujeto activo* de algún delito contra su pareja actual o pasada.

Por lo que se refiere al primer aspecto y teniendo en cuenta lo dicho previamente sobre el alcance del contenido del mandato de no discriminación, parece claro que sólo cabe discutir la legitimidad de unas figuras destinadas a proteger de modo más intenso a la mujer frente a ciertos actos de violencia de sus parejas si se niega la premisa legitimadora de tal medida, que no es otra que el reconocimiento de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en la sociedad de nuestros días. Sólo cuando no se admite esa posición subordinada de la mujer respecto del varón en el contexto social y se parte, por el contrario, de una pretendida paridad entre hombres y mujeres, tiene sentido que se reclame el trato

<sup>44</sup> La evolución de la jurisprudencia, tanto europea como española, no ha sido sencilla. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se muestra favorable a admitir las medidas de acción positiva siempre que el sexo no juegue como elemento de preferencia automática, exigiendo en todo caso una “cláusula de apertura” que garantice la flexibilidad de las medida en función de las características de las personas implicadas –un amplio repaso de la doctrina del TJCE puede verse en Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales*, cit., pp. 71 y ss. Sobre la evolución del Tribunal Constitucional español en esta materia, véase Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, pp. 19 y ss.

igualitario de todos ellos frente a eventuales –e indiferenciados- actos –mutuos- de violencia. Este razonamiento se percibe con toda nitidez en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Integral, donde ciertamente se admiten las relaciones de subordinación de las mujeres hacia sus parejas masculinas, pero no como manifestación de un patrón general de comportamiento basado en pautas sociales de conducta, sino como hechos individuales reconducibles únicamente a las características particulares de cada pareja<sup>45</sup>. De ahí que se postule la posibilidad inversa, esto es, que sea el varón quien, bajo presupuestos idénticos, ocupe la posición subordinada<sup>46</sup>.

Por eso concluye el Consejo que el único dato distintivo de la violencia contra las mujeres es de naturaleza cuantitativa<sup>47</sup>: sólo se diferencia de las agresiones que sufren los hombres a manos de sus parejas femeninas en que es mayor el número de mujeres maltratadas que el de varones en circunstancias semejantes.

El problema de esta clase de razonamientos reside en la negativa a admitir que la violencia de género constituye una categoría específica de violencia –sociológicamente definida- asociada a la posición de poder que todavía ocupan los varones en la estructura social y que, por eso mismo, no puede tener paralelo en el sexo masculino. Por decirlo en palabras de las Naciones Unidas, “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer;... es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”<sup>48</sup>, o, como reconoce el Parlamento Europeo, se trata de una violencia “sin duda vinculada al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso y político, pese a las legislaciones nacionales e internacionales a favor de la igualdad”<sup>49</sup>.

Con estos y muchos otros instrumentos internacionales que avalan la especificidad de la violencia contra las mujeres, resulta dudoso el empeño en sostener que se trata únicamente de un asunto estadístico<sup>50</sup>. Pero aunque sólo fuera eso, conviene recordar

<sup>45</sup> También siguen este esquema, Boldova/Rueda, *La discriminación positiva de la mujer en el ámbito doméstico*, en Diario La Ley, núm. 6146, 14 diciembre 2004, p. 5.

<sup>46</sup> Dice el Informe del CGPJ –p. 22-: “...el hombre y la mujer parten de la misma situación de tutela por el derecho, no hay una desventaja inicial, luego no se explica un tipo penal diferente que otorgue una superprotección de la libertad de la mujer...”. Con este razonamiento, el Consejo desconoce las bases mismas del derecho antidiscriminatorio, al negar las diferencias de partida entre hombres y mujeres basándose de modo exclusivo en la igualdad de derechos ante la ley. Nadie discute que el derecho positivo ha proclamado hace ya tiempo la igualdad formal entre todos los ciudadanos. El problema es que esa igualdad jurídica no se corresponde con una realidad social que sigue discriminando a la mujer. Por eso, la igualdad de partida que predica el Consejo es sólo aparente y requiere de los necesarios correctivos por parte del derecho si no se quiere perpetuar la desigualdad sustancial entre hombres y mujeres que ha acompañado a toda la historia de la humanidad.

<sup>47</sup> “Estadístico”, dice el Informe del CGPJ, cit., p. 39.

<sup>48</sup> *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*. Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

<sup>49</sup> Parlamento Europeo, *Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres* (Resolución A4-250/1997)

<sup>50</sup> Como bien señala Barrere Unzueta –*De la acción positiva a la discriminación positiva*, cit., p. 27-, la legitimación de un trato jurídico diferenciado hacia la mujer fundado en el reconocimiento de diferencias estructurales

que las estadísticas indican que el 90% de los actos violentos registrados en el ámbito familiar tienen como víctima a mujeres<sup>51</sup>, una diferencia abrumadora que una vez más invita a pensar en alguna causa específica generadora del fenómeno que se encuentra asociada a la condición femenina.

Consecuentemente, la tutela penal reforzada hacia la mujer –que se refleja en una serie de agravantes de pena- puede explicarse como una legítima decisión de Política Criminal destinada a protegerla frente a un tipo específico de violencia que sólo a ella le afecta porque tiene su razón de ser precisamente en el sexo de la víctima. Un tipo de violencia que no tiene paralelo en el sexo masculino ya que no existe una violencia asociada a la condición de varón. Bien es verdad que hay mujeres que agreden a sus parejas masculinas. Pero estas agresiones son manifestaciones individuales e indiferenciadas de la violencia emergente de la sociedad que, como tales, encuentran suficiente respuesta en las figuras delictivas genéricas que contempla el Código penal – homicidio, lesiones, amenazas, malos tratos en el ámbito doméstico, agravante de parentesco-.

La exclusión del varón como sujeto pasivo de las figuras agravadas introducidas por la Ley Integral en nada afecta, pues, al art. 14 de la Constitución. Para que fuese posible discutir siquiera la posible inconstitucionalidad de esta medida sería preciso que la ley privara de esa tutela reforzada a algún colectivo que se encuentre en una situación fáctica semejante a la de las mujeres, una circunstancia que sin duda no concurre en el grupo de los hombres. Pero, además, este refuerzo en la tutela penal no repercute en merma alguna de la protección de los varones por parte del ordenamiento punitivo ya que no se les “quita” protección para dársela a las mujeres. Simplemente se parte de la suficiencia de las normas penales generales para garantizarles una tutela adecuada frente a eventuales agresiones de sus parejas y por eso no se les incluye en una estrategia preventiva pensada para proteger a quienes se encuentran expuestas a un riesgo superior.

Tal vez la obviedad de estas circunstancias explique que los argumentos más drásticos para fundamentar la supuesta inconstitucionalidad de la Ley Integral se hayan elaborado a partir de la perspectiva opuesta a la que venimos tratando hasta aquí, es decir, desde la óptica del varón como *autor* de los delitos afectados por el nuevo sistema de agravantes fundadas en el sexo de la víctima. El Consejo General del Poder Judicial lo expresa diciendo que la superprotección de la mujer se hace “a costa de una mayor restricción de la libertad del varón”<sup>52</sup>, ya que él es el destinatario exclusivo del incremento de pena resultante de aquellas agravaciones. Un mismo hecho (amenazas,

entre hombres y mujeres tiene el inconveniente de poner en evidencia la falacia del modelo aparentemente universalista sobre el que se asienta todo el sistema jurídico, un modelo que pretende mantener la abstracción jurídica que nos hace iguales a todos pese a estar construido sobre los caracteres exclusivos –y excluyentes- del grupo que ostenta el poder (varón, blanco, propietario). De ahí la resistencia de los sectores asentados en el poder a reconocer la posición de subordinación social de la mujer y, menos aún, la raíz discriminatoria de la violencia de género.

<sup>51</sup> Datos del Consejo General del Poder Judicial correspondientes a los primeros nueve meses de 2004. Con razón afirma el Parlamento Europeo que esas estadísticas abrumadoras permiten calificar a la violencia contra las mujeres como un “mal endémico” de nuestra sociedad -véase la Resolución citada en nota 49-.

<sup>52</sup> Informe del CGPJ, cit., p. 22.

coacciones, lesiones) con idéntico contenido de injusto –dice el CGPJ- se castiga de formas más severa exclusivamente por el dato objetivo del sexo del autor.

De este modo resultarían violados al menos dos grandes principios del Derecho penal con repercusiones constitucionales. Por una parte, se alega la lesión del principio de culpabilidad, pues la ley estaría presumiendo, sin admitir prueba en contrario, “que cuando el hombre amenaza o coacciona a su mujer o a su ex mujer lo hace en todo caso prevaliéndose de una situación de superioridad o con el fin de mantener la voluntad de dominación”<sup>53</sup>. Pero además, ese proceder basado en meras presunciones vendría a afectar también el principio de responsabilidad por el hecho, ya que la mayor severidad punitiva, argumenta el CGPJ, “no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedece a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer”<sup>54</sup>. De esta manera, la Ley Integral vendría a recuperar los principios del denostado “derecho penal de autor”, castigando más al varón que a la mujer por la mayor peligrosidad derivada exclusivamente de su sexo<sup>55</sup>.

Varios son los aspectos que entran en consideración de cara a valorar la mayor o menor razonabilidad de las críticas precedentes.

Como punto de partida, y siquiera sea para mantener el necesario rigor en la tarea hermenéutica, es conviene no perder de vista que las nuevas agravantes no se circunscriben en función de las características del *autor* del delito sino a partir de una serie de circunstancias asociadas de modo exclusivo al *sujeto pasivo*. Es el sexo de la víctima y no del autor –la condición de mujer de quien sufre las agresiones- lo que juega como dato decisivo para definir y dar sentido a las agravaciones. No es casual que la ley opte por fórmulas neutras para referirse a los eventuales responsables de estos hechos, sin acudir en ningún caso a criterios tales como “El varón...que ejecute tal o cual conducta”<sup>56</sup>. Con ello se pone de manifiesto la finalidad tuitiva de estas agravantes, fundadas en la necesidad de una tutela adicional para la víctima y no en alguna supuesta “maldad” del autor.

No se trata, en consecuencia, de agravaciones automáticas basadas en el dato meramente objetivo del sexo del autor. El fundamento material reside en un peligro implícito derivado de la propia naturaleza de la relación entre autor y víctima. El Derecho penal parte aquí del reconocimiento de que la mujer, por su condición de tal y en virtud de la radical desigualdad en el reparto de roles sociales, se encuentra particu-

<sup>53</sup> Informe del CGPJ, cit. P. 40.

<sup>54</sup> También hablan de presunciones inaceptables que repercuten de modo objetivo en discriminación del varón, Gimbernat, *Prólogo* a la 10ª ed. Código Penal, ed. Tecnos, p. 19; Boldova/ Rueda, *La discriminación positiva*, cit., p. 5, si bien estos autores ensayan una interpretación restrictiva destinada a evitar el reproche de inconstitucionalidad del CGPJ, muchos de cuyos fundamentos comparten.

<sup>55</sup> Informe del CGPJ, cit., pp. 41 y s. El Informe resulta aquí de una dureza extrema, hasta el punto de asociar la opción político criminal de la Ley Integral con los postulados de la Escuela de Kiel, como se sabe, uno de los exponentes más destacados del derecho nacionalsocialista.

<sup>56</sup> Salvo que se quiera entender que cuando la ley habla de “el autor” lo hace por referencia exclusiva al sexo masculino. Pero de admitirse esta interpretación, se produciría un efecto en cadena que convertiría innumerables tipos penales en figuras comisibles exclusivamente por hombres (siempre que los tipos se refieren a “el culpable”, “el reo”, “el autor”, “el responsable”, etc.)

larmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina. Eso no significa negar la posibilidad de que el varón también pueda ser blanco de agresiones de su cónyuge o conviviente. La diferencia reside en que, en el caso de la mujer, a ese riesgo genérico de sufrir agresiones de la persona con la que se entabla una relación particularmente intensa -sea cual fuere su sexo-, se añade un peligro derivado de su propia condición femenina, un riesgo que tiene su origen en la radical injusticia en el reparto de roles sociales que coloca a las mujeres –como colectivo, como “género”- en una posición subordinada y dependiente del varón.

El legislador capta esa especial exposición al riesgo y, para prevenir sus efectos, le concede una protección adicional. No se trata de nada nuevo en Derecho penal. Hace años que la ley refuerza la tutela de aquellos colectivos a los que considera particularmente vulnerables frente a determinado tipo de agresiones, como sucede con los menores, los incapaces y recientemente también los extranjeros u otros grupos discriminados en la sociedad. Y todo ello sin que a nadie se le haya ocurrido hasta ahora hablar de discriminación prohibida contra los sectores no alcanzados por las correspondientes figuras penales específicas.

La diferencia entre estos otros casos de tutela reforzada y el que propone la Ley Integral reside en la resistencia de amplios sectores sociales a admitir la propia categoría de la violencia de género como dato sociológico y, con ello, el postulado que sitúa al sexo de la víctima –a la condición de mujer- como fuente de un riesgo específico de ser agredida por su pareja. Nadie discute, en efecto, que existan muchas mujeres afectadas por actos violentos protagonizados por sus parejas masculinas, incluso se deja en un segundo plano la mayor o menor conveniencia de apostar por la severidad punitiva como respuesta a este tipo de comportamientos. Lo que realmente se discute es que tales situaciones encuentren su explicación en la discriminación de la mujer en la estructura social, en el reparto inequitativo de roles sociales entre hombres y mujeres.

De ahí la insistencia en recriminar al legislador el no haber previsto la posibilidad la prueba en contrario por parte del varón que amenaza, coacciona o causa lesiones a la mujer con la que tiene o ha tenido una relación de pareja. A tal punto llega la incompreensión de la violencia de género que el Consejo del Poder Judicial llega a poner como ejemplo de una inaceptable aplicación “objetiva” de las agravantes el caso de un hombre que “no agrede a la mujer con la intención de discriminarla o con el ánimo de mantener la relación de poder que ejerce sobre ella, sino con ánimo de venganza o por arrebato o celos”<sup>57</sup>. Como si el problema fuese el motivo del ejercicio de la violencia y no la propia “relación de poder” que favorece el uso de estrategias violentas para mantener el control.

El problema se encuentra, pues, en la diferencia en los puntos de partida. Mientras la Ley Integral parte de un tipo de violencia que encuentra su explicación en un reparto de roles sociales favorecedor de las relaciones de dominación y poder de los hombres sobre las mujeres, la mayoría de los críticos se desentienden de esa premisa y sólo admiten la existencia de hechos violentos en la pareja como resultado de la personali-

<sup>57</sup> Informe del CGPJ, cit, p. 51.

dad más o menos agresiva y dominante de una de las partes, una característica intercambiable que si bien normalmente corresponde al varón, nada impide que pueda ser asumida, en idénticas condiciones, por la mujer. Esta perspectiva puramente individual de la violencia en la pareja, ajena al trasfondo cultural que concede papeles diversos a hombres y mujeres y favorece el uso de estrategias violentas por parte del varón para mantener un dominio que la sociedad le reconoce, acaba por desenfocar totalmente el sentido de las agravantes de la Ley Integral y explica los reproches de un trato discriminatorio hacia el varón o, lo que es todavía más preocupante, de un pretendido “efecto privilegiante” hacia la mujer al dejarla exenta de las agravantes correspondientes cuando sea ella quien agrede a su pareja masculina<sup>58</sup>.

En conclusión, existe un fundamento material para explicar las nuevas agravantes de género y para conceder legitimidad a la opción político-criminal de la Ley Integral. Todo depende, sin embargo, de que se quiera asumir o no una evidencia avalada por infinidad de estudios y que ha sido plenamente reconocida por los más prestigiosos organismos internacionales como uno de los grandes problemas de la sociedad de nuestros días, esto es, que el sexo femenino, la condición de mujer, es un factor específico que incrementa el riesgo de ser víctima de actos de violencia.

### 3.3. *Derecho penal y políticas de acción positiva: dos campos difíciles de conciliar*

La explicación de las agravantes relacionadas con el sexo de la víctima a partir de la discriminación estructural que sufre la mujer en la sociedad ha sido el argumento decisivo para que muchos defensores de la Ley Integral apelaran a la idea de “acción positiva” como fundamento y justificación de esta nueva opción político-criminal. Y desde luego no les falta razón si por acción positiva se entiende, en un sentido muy amplio, toda política o medida de carácter diferenciado tendente a favorecer a los miembros de un grupo socialmente subordinado<sup>59</sup>, como es el caso de la mujer en su dimensión colectivo -como “género”-<sup>60</sup>.

Pero no es éste el sentido más usual de acción positiva ni el que ha presidido la polémica sobre las opciones político-criminales de la Ley Integral. Lo más frecuente -tal vez por tratarse del ámbito donde surgen mayores problemas de legitimación- es reservar el concepto de acción positiva para referirse a ciertas medidas favorecedoras del colectivo discriminado que al mismo tiempo generan un perjuicio simétrico para el grupo dominante<sup>61</sup>. En otras palabras: ventajas para los miembros del grupo discriminado que se traducen en una merma de oportunidades para quienes comparten los rasgos distintivos del grupo mayoritario -sistema de cuotas en listas electorales, reserva de plazas universitarias, preferencias en el acceso a un puesto de trabajo, etc.-<sup>62</sup>. En esta idea se han basado los críticos de la Ley Integral y sobre ella han discurrido

<sup>58</sup> Así Boldova/ Rueda, *La discriminación positiva*, cit., p. 5.

<sup>59</sup> Sobre este concepto genérico, con amplias referencias bibliográficas, Martín Vida, *Fundamento y límites constitucionales*, cit., pp. 37 y ss.

<sup>60</sup> Así, con razón, Barrere Unzueta, *De la acción positiva a la discriminación positiva*, cit., p. 32.

<sup>61</sup> De ahí el término “discriminación positiva”, una denominación que encierra una contradicción en sí misma ya que toda medida discriminatoria es, por definición, negativa.

<sup>62</sup> Es lo que se conoce también como “medidas de discriminación inversa”. Véase al respecto, Martín Vida,

la mayor parte de las objeciones que atribuyen a las agravantes de género una serie de supuestos perjuicios directos para el varón, como sería el caso de la privación de una protección penal particularmente intensa o su sanción más severa cuando adopta la condición de autor del delito.

Sin embargo, no se necesitan grandes reflexiones para comprender que el Derecho penal se mueve por criterios que nada tienen que ver con las acciones positivas así entendidas. Este tipo de políticas sólo adquieren sentido en aquellos sectores del ordenamiento jurídico que se ocupan de regular la distribución de recursos escasos en la sociedad -como el derecho administrativo o el derecho laboral-, puesto que se trata de implementar medidas concretas destinadas a favorecer la participación social de los grupos marginados mediante la concesión de ventajas directas en el acceso a los bienes. Todo ello completamente ajeno a un ámbito sancionador como el Derecho penal, cuya función primordial se concentra en el aseguramiento de las condiciones básicas que permiten a todos los individuos el pleno goce de los derechos fundamentales.

Por eso, las nuevas agravantes de género que recoge la Ley Integral difícilmente pueden explicarse a partir de la lógica de las acciones positivas. Más allá del marco genérico que dibuja el artículo 9.2 de la Constitución al imponer a los poderes públicos el deber de remover los obstáculos que dificultan a algunos ciudadanos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, lo cierto es que la opción político-criminal de conceder una tutela reforzada a la mujer poco tiene que ver con la técnica de las acciones positivas en sentido estricto. Su sentido y justificación se encuentra en otro tipo de consideraciones relacionadas con los fines y contenido del Derecho penal y no con la pretendida concesión de ventajas a la mujer “a costa del varón”.

En un sector del ordenamiento jurídico dirigido a garantizar a todos los ciudadanos el pleno disfrute de los bienes básicos de la personalidad, en nada puede sorprender que se conceda una tutela reforzada a un grupo de la población cuya vida, integridad y libertad se encuentran expuestas a una amenaza especialmente intensa. Nada hay de nuevo en esta técnica de tutela adicional mediante agravantes específicas. Hace años que el Derecho penal acude a este tipo de medidas sin que nunca antes se hayan planteado reparos de constitucionalidad. No hay más que pensar en los múltiples delitos que contemplan agravaciones específicas cuando la víctima es menor o incapaz o el caso del incremento punitivo en el delito de tráfico de drogas cuando el destinatario de la droga es un drogodependiente en tratamiento de deshabituación, por citar sólo algunos ejemplos. Al margen de sus diversas fundamentaciones concretas, todos estos casos tienen en común el hecho de ofrecer una protección penal reforzada a un grupo concreto de sujetos pasivos en virtud de algún tipo de características que los sitúan en una posición de particular vulnerabilidad frente a determinadas agresiones, una posición que no concurre en otras víctimas potenciales de los mismos delitos.

Es de lamentar que los defensores de la Ley Integral hayan caído en la trampa de los críticos y desde el primer momento se empeñaran en defender su conformidad con

la Constitución partiendo de la idea de acción positiva en lugar de acudir a argumentaciones propias del Derecho penal. Ciertamente es que, en términos amplios, la opción político-criminal de aumentar la tutela de la mujer mediante agravantes específicas encuentra perfecto acomodo en el deber de los poderes públicos de remover los obstáculos que dificultan a los colectivos socialmente discriminados el pleno disfrute de los derechos fundamentales. Pero de ahí no se sigue que se trate de medidas de fomento de la mujer en detrimento del varón, como parece insinuar la idea de acción positiva. El derecho antidiscriminatorio no se agota en este tipo de incentivos para los miembros de grupos marginados, sino que se extiende a todas aquellas decisiones de política legislativa destinadas a equilibrar la posición de partida de ciertos ciudadanos que ocupan una posición subordinada en la estructura social. De ahí que también los tipos penales que aumentan la severidad de la pena a quienes agreden a algún miembro de un colectivo discriminado encuentren plena justificación en el derecho antidiscriminatorio, pero no por tratarse de medidas de fomento de un colectivo a costa de otro, sino por reforzar la protección del grupo discriminado con el fin de aumentar el efecto preventivo de la amenaza penal.

Los argumentos basados de modo exclusivo en los fines del Derecho penal permiten explicar así de modo satisfactorio las nuevas agravantes de género, sin que resulte necesario forzar un concepto como el de acción positiva, cuyo ámbito natural es el de aquellos sectores del ordenamiento jurídico destinados a regular la distribución de bienes escasos.

#### **4. Valoración final: los riesgos de la opción punitivista**

Cuanto se ha dicho hasta aquí permite concluir que la opción de la Ley Integral de reforzar la protección de la mujer a través de un grupo de agravaciones específicas en nada se opone al mandato constitucional de no discriminación.

Distintas se presentan las cosas, sin embargo, cuando se trata de valorar la oportunidad y adecuación de estas medidas desde un punto de vista político criminal.

Como punto de partida, es conveniente insistir en la total certeza del diagnóstico sobre el que se asienta la Ley Integral: es absolutamente cierto que la condición de mujer, la pertenencia al sexo femenino, constituye un factor de riesgo que expone a las mujeres a un peligro particularmente elevado de ser blanco de violencia. Sin embargo, de ahí no se sigue que el modo más adecuado para combatir ese peligro sean precisamente unas normas penales especiales. Esa conclusión sólo sería correcta si pudiera esperarse de las agravantes de género una eficacia preventiva de especial intensidad, capaz de inhibir a un mayor número de potenciales autores de la tentación de ejercer violencia sobre sus parejas. Pero ni siquiera los promotores de la Ley Integral parecen haber tenido en mente semejante resultado. Es ilustrativo que entre las posturas más entusiastas de esta tendencia político-criminal se insista sobre todo en los efectos simbólicos que se espera conseguir, en particular, la “función pedagógica” del derecho

penal para transmitir a la sociedad el mensaje tajante de que todo acto de violencia contra las mujeres está radicalmente prohibido<sup>63</sup>.

De esta manera, la estrategia de lucha contra la violencia de género viene a sumarse a la ola general de fascinación por el Derecho penal que invade al conjunto de la sociedad de nuestros días, arrastrada por la idea de que sólo las conductas tipificadas como delito merecen plena reprobación social o, dicho al revés, que todo aquello que no está prohibido por el Derecho penal resulta socialmente tolerado.

Precisamente en esa idea se funda la tan discutible decisión de elevar a la categoría de delito las amenazas y coacciones leves cuando la víctima sea la mujer actual o pasada de quien las profiere. No sin razón se ha alegado, en efecto, que tales conductas constituyen manifestaciones de la llamada “violencia ambiental”, entendiendo por tal un modo particularmente agresivo que tiene el varón de relacionarse con la mujer como consecuencia de ciertos patrones culturales que forman parte de los usos sociales y que, por ese motivo, resulta tolerada por la comunidad<sup>64</sup>. Esos altos niveles de tolerancia llevarían a minimizar la entidad de ciertas agresiones a la libertad de las mujeres, dejándolas desprotegidas frente ataques graves de su potencial agresor. De ahí la justificación de una respuesta penal más severa: mediante la elevación de las penas se intenta contrarrestar esa desafortunada tolerancia social enviando el mensaje claro y preciso de la importancia y total desaprobación de cualquier manifestación de violencia ambiental contra la mujer, por muy leve que aparezca a primera vista.

Se trata de una apelación directa a la siempre discutible función simbólica del Derecho penal que en nada favorece una estrategia a largo plazo destinada a subvertir el actual fenómeno de violencia contra las mujeres, al tiempo que resulta innecesaria si se atiende al conjunto de casos que pretenden contrarrestarse con la nueva medida.

En efecto, basta una observación algo atenta de los criterios que utiliza la jurisprudencia para valorar la entidad de las amenazas o coacciones en la pareja, para detectar que elementos circunstanciales tales como la relación de afectividad entre las partes o el origen más o menos “doméstico” de la disputa se consideran indicadores de la escasa gravedad de las amenazas, lo que se traduce en la sistemática calificación de tales conductas como falta y no como delito<sup>65</sup>. De esta manera, supuestos que en contextos personales distintos recibirían la calificación de graves, se ven degradados a la categoría de falta por la comprensión y tolerancia que todavía suscita cierto tipo de agresividad masculina en las relaciones de pareja, dejando a la mujer a merced de un agresor potencial que en muchos casos acaba por hacer realidad la amenaza del uso de la fuerza.

Pero si esto es así, la solución no pasa por convertir en delito las amenazas y coacciones leves, sino por impulsar un cambio en la interpretación jurisprudencial que deje

<sup>63</sup> Así, Durán Febrer, *Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*, en Artículo 14, nº 17, 2004, p. 9.

<sup>64</sup> Véase Durán Febrer, *Análisis jurídico-feminista*, cit., pp. 6 y s.

<sup>65</sup> Véase, por ejemplo, STS 05/06/2003. En general, la jurisprudencia distingue entre delito y falta de amenazas en función de elementos circunstanciales, entre los que destacan la ocasión en la que se profiere, las personas intervinientes y los actos anteriores, posteriores y simultáneos. Criterios semejantes sirven para distinguir las coacciones leves de las graves. Véase al respecto STS 18/07/2002.

de considerar el contexto doméstico o de pareja como parámetros de “levedad” de las amenazas y coacciones, eliminando la tendencia a tolerar la rechazable violencia ambiental hacia las mujeres. En otros términos, se trata de forzar a los jueces a un cambio de perspectiva capaz de romper con los viejos estereotipos que llevan a calificar como amenazas y coacciones leves ciertos supuestos que, fuera de la pareja, nadie dudaría en calificar de graves atentados a la libertad. Pero para ello no hace falta ninguna modificación legislativa. Se trata más bien de apuntar a un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos de cara a conseguir una mayor comprensión del significado último de la violencia de género, un camino que adecuadamente impulsa la Ley Integral mediante la previsión de programas específicos de formación “relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo” dirigidos a jueces, magistrados, fiscales, secretarios judiciales, fuerzas y cuerpos de seguridad y médicos forenses (art. 48 L.I.).

La opción de elevar las amenazas y coacciones leves –cuando realmente lo sean- a la categoría de delito constituye un camino equivocado que se vuelve en contra del fin perseguido, porque la sanción desproporcionada de hechos de escasa significación, se convierte en una medida ejemplarizante que acaba por presentar al varón como receptor de una sanción injusta y, en esa medida, como “víctima” de un sistema represor extremo.

Por lo demás, la apuesta decidida por una respuesta penal particularmente intensa y de tintes marcadamente retributivos, aun a costa de los criterios de proporcionalidad que han de presidir las sanciones punitivas, parece poco adecuada al ideario feminista consagrado en la propia Ley Integral, entre cuyos valores destacan la tolerancia y resolución pacífica de conflictos. Nadie discute, desde luego, que deba acudir al Derecho penal para proteger a las mujeres frente a los actos de violencia de sus parejas. Pero el uso abusivo de esta vía, elevando a la categoría delito ciertos hechos de escasa gravedad, supone una apuesta desmedida por el instrumento más autoritario de cuantos dispone el ordenamiento jurídico, un camino que poco tiene que ver con los ideales feministas de una sociedad pacífica y tolerante.