



## Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género<sup>1</sup>

Patricia Faraldo Cabana

Profesora titular de Derecho penal  
Universidad da Coruña

«El hecho de que no se comprendan suficientemente las causas profundas de todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas obstaculiza las actividades que se realizan para eliminar dicha violencia.»<sup>2</sup>

*SUMARIO: I. Introducción. II. La ocultación de la violencia sexual contra la mujer en los delitos contra la libertad sexual. III. La ocultación de la violencia contra la mujer en la pareja en el delito de malos tratos en el ámbito familiar. IV. La perspectiva de género en las modificaciones introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en la legislación penal. V. Bibliografía.*

### I. Introducción

El objeto de este trabajo es estudiar la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal, a través de los cambios que la Ley Orgánica (en adelante LO) 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, introduce en la redacción de los delitos relacionados con el ejercicio de la violencia. El aspecto más llamativo de las modifica-

ciones que supone esta ley en la redacción de algunos preceptos del Código penal es, por un lado, la creación de subtipos agravados por el hecho de que la víctima de determinados delitos sea una mujer y el autor el miembro masculino de la pareja, pasada o presente, y, por otro, la conversión de faltas en delitos también cuando la víctima sea una mujer y el autor su pareja<sup>3</sup>.

Para entender y valorar correctamente esta opción del legislador resulta interesante aludir, en primer lugar, a dos delitos que permiten observar

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido posible gracias a la financiación concedida al Proyecto de I+D sobre «Globalización económica y nuevos riesgos» (SEJ2004-07418/JURI) por el Ministerio de Educación y Ciencia, dirigido por el Prof. Dr. D. Carlos Martínez-Buján Pérez.

La bibliografía sobre el delito de malos tratos habituales es actualmente inabarcable. En este trabajo no pretendo hacer un ejercicio de erudición acumulando citas, por lo que he optado por aligerarlas, sin perjuicio de reconocer que hay numerosas obras de gran mérito que no he podido recoger.

<sup>2</sup> Informe del Comité Plenario de Naciones Unidas de 2000.

<sup>3</sup> En general sobre éstos y los restantes aspectos de la ley *vid.* MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005. *Vid.* también MARTÍNEZ GALLEGU, E. M., «A propósito de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Regulación de la violencia doméstica», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./SANZ MULAS, N. (coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, pp. 81 y ss.

la evolución del Derecho penal en relación con la tutela que ofrece a la mujer: la violación y los malos tratos. En el primer caso, como veremos, se pasa de una situación de protección exclusiva de la mujer, y en concreto de la mujer honesta, a una regulación que no presta atención al sexo de los sujetos activo y pasivo, lo que se ha presentado de forma prácticamente unánime como «un verdadero logro histórico para la dignidad de la mujer»<sup>4</sup>; en el segundo caso, por el contrario, se pasa de una situación de equiparación y de igualdad formal del hombre y de la mujer bajo el paraguas que ofrecen términos neutros en cuanto al sexo (cónyuge, conviviente) a otra de tutela más intensa de la mujer que resulta víctima de su pareja o ex pareja, lo que ha dado lugar a opiniones encontradas en la doctrina y en la sociedad.

No hay que ver una contradicción en ello. Ambos modelos responden a momentos distintos del avance en la igualdad entre hombres y mujeres: primero se trata de eliminar los obstáculos a la igualdad formal, esto es, a la igualdad de derecho; en una segunda fase, de eliminar los obstáculos a la igualdad de hecho, real o material, constituyendo este último un segundo paso que supone reconocer las diferencias producto de construcciones sociales para actuar sobre ellas con políticas activas<sup>5</sup>.

Y en cualquier caso se trata aquí de comprobar cómo el Derecho penal ha ayudado en un primer momento a perpetuar la discriminación por razón de sexo para convertirse en la actualidad en uno de los instrumentos, quizás no el más adecuado pero sin duda el más intimidatorio, de los que se sirve el Estado social y democrático de Derecho para erradicar la violencia contra la mujer en la pareja, una vez que esta violencia se entiende como manifestación estructural de la desigualdad y la discriminación en función del género.

## II. La ocultación de la violencia sexual contra la mujer en los delitos contra la libertad sexual

La mención específica de la mujer como víctima de determinados delitos no es un fenómeno reciente en nuestro país<sup>6</sup>. De hecho, durante muchos años los delitos sexuales se referían en concreto a la mujer como víctima.

El delito de violación, antes de la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, sancionaba en el art. 429 CP 1944/73 con pena de reclusión menor al que yaciere con una mujer en las circunstancias señaladas por el tipo. El que sólo la mujer pudiera ser sujeto pasivo de la violación se explicaba «por una peculiar visión de la mujer, en la que prima el daño que se le infiere en su matrimonio, si está casada, o en las expectativas de contraerlo, si no lo está, por mor de la deshonra que pudiera estigmatizarla»<sup>7</sup>.

Otros preceptos del Código penal también aludían a la mujer como víctima en un contexto de violencia familiar. El art. 428 CP 1944/73 castigaba al «marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualesquiera lesiones graves» con la pena de destierro. «Si les produjese lesiones de otra clase quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna».

El uxoricidio por honor desapareció del Código penal de 1944 por mandato de la base octava de la Ley de 23 de diciembre de 1961, que en la Exposición de Motivos se justificaba indicando que para llegar al mismo resultado bastaba emplear las circunstancias eximentes y atenuantes<sup>8</sup>. Por su par-

4 ACALE SÁNCHEZ, M., «De la asexualidad de la ley penal a la sexualización de los malos tratos en el ámbito familiar», en HURTADO POZO, J. (ed.), *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Lima, 2001, p. 104.

5 Estas dos fases se advierten también en el pensamiento feminista. Cfr. CARRERAS, M., *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Ayuntamiento de Alcalá de Henares, 1994, pp. 99 y ss., donde en referencia a las líneas de investigación prioritarias de la jurisprudencia feminista destaca que «se trata de decidir si ha de alcanzarse la igualdad entendida como identidad (*sameness*) entre los dos sexos o si más bien hay que insistir en la necesidad de aceptar, considerar o integrar las diferencias culturales o biológicas para alcanzar una igualdad sustantiva, y en este último caso determinar qué diferencias son las que definen a la mujer». Vid. también SMART, C., «La mujer del discurso jurídico», en LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994, pp. 170 y ss.

6 Tampoco lo es la mención del hombre como autor. Vid. el delito de amancebamiento, contenido en el art. 452 CP 1944/73, que sancionaba al «marido que tuviera manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella», eliminado por la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

7 ORTS BERENGUER en COBO DEL ROSAL, M. y otros, *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 593.

8 Por tanto, quedaba bien claro que el fundamento de la supresión no era la inaceptabilidad del precepto en cuestión, sino su superfluidad, como denunció GIMBERNAT ORDEIG, E., «La mujer y el Código penal español», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 79.

te, la regulación de los delitos sexuales hubo de esperar a la modificación operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal, que cambió la rúbrica del Título IX, «delitos contra la honestidad», por «delitos contra la libertad sexual»<sup>9</sup>, introduciendo además al hombre como posible sujeto pasivo de estos delitos al sustituir la referencia a la mujer como víctima por la persona, concepto neutro en cuanto al sexo<sup>10</sup>.

Esta equiparación se explicaba en la Exposición de Motivos señalando que «se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en este sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código penal el instrumento más importante para llevar a cabo esta tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente».

Estas modificaciones contaron en su día con el beneplácito prácticamente unánime de la doctrina. En particular se aplaudió el cambio de rúbrica como expresión de un cambio más profundo que afecta al bien jurídico protegido: en efecto, «la

titulación elegida resulta preferible con mucho a la desaparecida, pues da mejor cuenta de buena parte del contenido que preside, al comprender lo más importante, a la vez que suprime la carga de moralidad que portaba la antigua, absolutamente indeseable en estos parajes»<sup>11</sup>. Si en la regulación original la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad, que a su vez la hacía digna de protección, ahora se invierte el significado: «es la constricción de la libertad lo que colorea la ilicitud de la conducta»<sup>12</sup>. El abandono de la honestidad como bien jurídico permitió iniciar el desmontaje de ciertas construcciones sociales que asignaban roles sociales de género desiguales y discriminatorios para la mujer.

Y digo iniciar porque un análisis jurisprudencial incluso superficial demuestra que el proceso de superación de la idea de que sólo la mujer honesta merece protección penal, o la de que la mujer casada está obligada a prestar servicios sexuales al marido, ha sido lento y laborioso<sup>13</sup>.

Por su parte, en referencia a la inclusión del hombre como sujeto pasivo de los delitos contra la libertad sexual, en concreto de la violación, se señaló que «es ésta una ampliación de la tutela que merece todos los parabienes por ajustarse a las exigencias de un Estado de Derecho al que es consustancial la igualdad de todos ante la ley»<sup>14</sup>, pues al fin y al cabo la libertad sexual es común a ambos sexos, y en este sentido la equiparación del hombre y de la mujer en los delitos contra la libertad sexual permite alcanzar una protección similar para los dos.

Ahora bien, desde otra óptica no debe olvidarse que «la violación es un delito que comete un género contra otro, es decir, que cometen el género

9 También se efectuaron cambios similares en otras rúbricas. Así, el capítulo VIII del Título VII, «De los abusos contra la honestidad», pasa a denominarse «De las limitaciones a la libertad sexual».

10 Cambio que también se introduce en los arts. 383 y 384 CP 1944/73, que castigaban al funcionario público o de prisiones que solicitaba sexualmente a «una persona», antes a una mujer, en ciertas situaciones de dependencia.

11 BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 136. Vid. las críticas que formulaban contra la anterior rúbrica Díez Ripollés, J. L., *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 13 y ss.; Gimbernat Ordeig, E., «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. Tecnos, Madrid, 1990, *pássim*; Orts Berenguer, E., *El delito de violación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1981, pp. 13 y ss.; Polaino Navarrete, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975, p. 42.

12 Vicente Martínez, R. de, «Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género», en Hurtado Pozo, J. (ed.), *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Lima, 2001, p. 85.

13 Cfr. entre otros Orts Berenguer, E./Suárez-Mira Rodríguez, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 27 y ss.; Vicente Martínez, R. de, «Los delitos contra la libertad sexual», cit., pp. 86 ss. Sobre la actitud de los diversos agentes del sistema penal (jueces, fiscales, abogados, agentes de la autoridad) en relación con la violencia contra la mujer en la pareja, vid. Jaime de Pablo, M. A., «La respuesta de las leyes a la violencia familiar», en Osborne, R. (coord.), *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED, Madrid, 2001, pp. 107 y ss.; Medina, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 377 y ss.

masculino contra el femenino, tratándose de un comportamiento aprendido por los hombres como una forma de mostrar y ejercer el poder por medio de la sexualidad»<sup>15</sup>, por lo que la inclusión del hombre como posible víctima no supuso otra cosa que una igualación formal a través de una norma general y abstracta como es el Código penal, que pretende no discriminar por razón del sexo de la víctima. Se respeta, por tanto, el aspecto formal del principio de igualdad, recogido en el art. 14 de la Constitución española (en adelante CE), olvidando que en un número muy elevado de casos la víctima es la mujer y el agresor el hombre<sup>16</sup>.

Por cierto que a veces se olvida que la equiparación entre hombre y mujer en la violación se hizo a todos los efectos, y por tanto también a la hora de determinar el ámbito de sujetos activos, que pasa a incluir a la mujer. El análisis de pertinencia de género permite descubrir que una medida que aparentemente es neutra respecto al género y favorece el logro de la igualdad de derecho, en realidad beneficia al varón, que puede ser protegido cuando resulta víctima de una agresión sexual, y perjudica a la mujer, que pasa a ser posible autora del delito que nos ocupa. Eso sí, la mujer sólo puede realizar el acceso carnal con un sujeto pasivo de sexo masculino (acceso carnal por vía vaginal u oral mediante violencia o intimidación, su-

puestos realmente de laboratorio, o aprovechando el estado de inconsciencia de la víctima), ya que el *cunnilingus* realizado por un hombre o una mujer a otra mujer se traslada a la órbita del tipo básico, castigándose con una pena sensiblemente inferior<sup>17</sup>. Al respecto se observó que «lejos de haberse llevado a efecto la pretendida asimilación hombre-mujer en estos pagos, persiste la desemejanza de trato por mor de la hiperbolización de que sigue siendo objeto el órgano genital del varón, que si podía ser explicable en un texto... trascendido por una visión paternalista de la mujer, en nuestro tiempo resulta cuanto menos cándido y anacrónico, además de injusto»<sup>18</sup>. Esto es, se consolida una visión de la violación centrada en la penetración (por el órgano sexual masculino o sustitutos, es decir, a través de la introducción de objetos que lo sustituyan) como única conducta sexual que realizada con violencia o intimidación merece una respuesta agravada.

Por tanto, la reforma de 1989 supuso la equiparación de la protección penal dispensada en materia de delitos sexuales tanto a hombres como a mujeres. Este precedente, justamente de signo contrario a la modificación que ahora se ha efectuado, puede servir de contrapunto para analizar los cambios que se han producido en el tratamiento penal de la violencia contra la mujer en la pareja.

14 BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, cit., p. 138. Similar MUÑOZ CONDE, F. (coord.), *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 30-31.

15 LARRAURI PIJOÁN, E., «Control formal y el derecho penal de las mujeres», en LARRAURI PIJOÁN, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, cit., p. 96. Vid. también Díez Ripollés, J. L., «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», en HURTADO POZO, J. (ed.), *Derecho penal y discriminación de la mujer*, cit., p. 77, donde señala que «es de lamentar que el paso a primer plano de la libertad sexual individual convierta en un mero conflicto interpersonal lo que en realidad es un conflicto social basado en el género, en el que las mujeres son las víctimas de comportamientos agresivos derivados de la asunción del tradicional papel sexual masculino». En el mismo sentido, entre otros, BODELÓN GONZÁLEZ, E., «Cuestionamiento de la eficacia del derecho penal en relación a la protección de los derechos de las mujeres», en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, p. 19; DAVIS, N. J./FAITH, K., «Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación», en LARRAURI PIJOÁN, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, cit., pp. 119 y ss., donde analizan las perspectivas feministas sobre la violación; ORTUBAY FUENTES, M., «Protección penal de la libertad sexual: nuevas perspectivas» en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, cit., pp. 266 y ss.

16 Como reconocía unánimemente la doctrina que saludaba como un avance la sustitución de la mujer por la «persona» como víctima de los delitos que nos ocupan. Por todos, BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, cit., pp. 138-139. Sin embargo, en la Exposición de Motivos se señalaba al respecto que «de esta forma se pretende que el tipo penal responda a la realidad de la dinámica delictiva actual», lo que como poco suscita perplejidad, pues las dinámicas delictivas no han experimentado cambios sustanciales, como tampoco ha aumentado significativamente el número de denuncias presentadas por víctimas de sexo masculino.

17 Cfr. BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, cit., pp. 140 y ss.

18 Cfr. BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, cit., p. 144. También crítica «la excesiva trascendencia sistemática y punitiva que... se sigue atribuyendo al hecho de que el comportamiento sexual implique algún tipo de penetración», Díez Ripollés, J. L., «El objeto de protección», cit., p. 81. Por su parte, entendía que del precepto reformado «se deriva claramente que sólo puede ser sujeto activo de este delito el hombre», MUÑOZ CONDE, F. (coord.), *La reforma penal de 1989*, cit., p. 31, lo que «carece... de fundamentación científica, como no sea la tradicional superprotección que se brinda a la mujer en esta materia y lo renuente que ha sido siempre el legislador ha considerarla como sujeto activo de delitos sexuales».

### III. La ocultación de la violencia contra la mujer en la pareja en el delito de malos tratos en el ámbito familiar

En la aproximación jurídico-penal a las figuras delictivas relativas al maltrato en el ámbito familiar o doméstico, y ya recientemente a la violencia contra la mujer en la pareja, salta a la vista una especie de paradoja respecto de los fundamentos que las informan<sup>19</sup>. Resulta claro que el impulso de las reformas que se producen en España durante la etapa constitucional procede del aumento progresivo de la concienciación social sobre la extensión de la violencia contra la mujer en la pareja, al empezar a destacarse en todos los medios de comunicación el número de asesinatos y de casos de malos tratos de mujeres a manos de sus parejas, pero hasta hace muy poco todas las modificaciones legislativas parecían dirigidas a cubrir lagunas de punibilidad que se alejaban de ese contexto, incluyéndose en el ámbito de la llamada «violencia en el ámbito familiar» o «violencia doméstica», que a su vez ha ido experimentando una progresiva ampliación del campo de incriminación para abarcar una extensa serie de «su-

puestos asimilados» sobre la base de la convivencia, de la afectividad o de la dependencia.

Vaya por delante que el art. 582 CP 1944/73, desde la promulgación del Código penal y hasta la LO 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal<sup>20</sup>, castigaba a «los maridos que maltratasen a sus mujeres, aun cuando no les causaren lesiones comprendidas en el párrafo anterior», y con la misma pena a «las mujeres que maltrataren de obra o de palabra a sus maridos»<sup>21</sup>, siguiendo el precedente del Código penal de 1932, a su vez heredero en este aspecto del Código penal de 1848.

Es un hecho que no admite duda que las iniciativas legislativas de carácter penal en materia de violencia contra la mujer en la pareja, desde la primera de 1989 que otorgó nombre y autonomía como delito específico a los malos tratos habituales<sup>22</sup>, al modificar la redacción del art. 425<sup>23</sup>, y creó la falta contemplada en el art. 586, párrafo segundo, CP 1944/73<sup>24</sup>, surgieron por el impulso y a raíz de las demandas formuladas por asociaciones de mujeres que exigían a los poderes públicos y a la Administración de Justicia una intervención efectiva y adecuada para atajar la extendida práctica de la violencia contra la mujer en la pareja<sup>25</sup>.

19 Sigo a ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos de «violencia doméstica» tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. y otros (eds.), *Las recientes reformas penales. Algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 201 y ss.

20 Que le da una redacción más neutra, según la Exposición de Motivos porque «la igualdad entre cónyuges obliga a fundir en un solo y nuevo precepto –el artículo 583.2º– las faltas hasta ahora descritas en los números 2º y 3º de dicho artículo 583»: «el que maltratare a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra aunque no les causare lesiones de las comprendidas en el artículo anterior». Sobre este precepto vid. POLAINO NAVARRETE, M., «Maltrato a cónyuge o hijos menores», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo V. Volumen 2º*, Edersa, Madrid, 1985, pp. 1317 y ss., quien lo saludaba señalando que «se muestra, respecto a la valoración del comportamiento de los cónyuges entre sí, esencialmente respetuosa de las fundamentales exigencias constitucionales de igualdad de ambos sujetos, según se revela en el tratamiento rigurosamente equiparador que establece de las recíprocas obligaciones a ellos inherentes, en orden al respeto de los bienes jurídicos personales que a la titularidad de los mismos asigna».

21 Sobre la sanción de los malos tratos de palabra sólo cuando el sujeto activo era mujer vid. CRUZ BLANCA, M. J., «Derecho Penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal», en MORILLAS CUEVA, L.(coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, pp. 46 y ss.

22 LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código penal. Conviene tener presente que entre los motivos de la necesidad de «actualización» no se encontraba la preocupación por la violencia doméstica. De hecho, el proyecto de ley no incluía la creación de un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, propuesta que surge durante la tramitación legislativa en un momento avanzado, ya en el Senado, a través de la enmienda núm.53 del Grupo parlamentario socialista. Este olvido inicial, luego subsanado, llama poderosamente la atención ya que precisamente dos meses antes en el Boletín de las Cortes Generales se hacía público el Informe de la Ponencia de Investigación de Malos Tratos a Mujeres, en cumplimiento del encargo efectuado en 1986 por la Comisión de Derechos Humanos del Senado, en el que se ponía de relieve la necesidad de una intervención penal más decidida en la materia.

23 Art. 425 CP, redactado conforme a la LO 3/1989, de 21 de junio: «El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor».

24 Art. 586, párrafo segundo, redactado conforme a la LO 3/1989, de 21 de junio: «El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 a 100.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será la de arresto menor en toda su extensión».

25 Cfr. ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 202.

Al aumentar la concienciación social acerca de la entidad del problema de la violencia contra la mujer en la pareja aumenta también el número de denuncias y se hace mayor la visibilidad del fenómeno.

Sin embargo, en el texto de la reforma no se menciona ni una sola vez a la mujer, utilizándose expresiones neutras en cuanto al sexo de la víctima: «cónyuge o persona a la que estuviere unida con análoga relación de afectividad, así como... los hijos sujetos a la patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho».

Una vez que empezaron a aplicarse los nuevos tipos penales se pusieron de manifiesto las deficiencias de la regulación y los perniciosos efectos de la victimización secundaria, así como las disfuncionalidades del sistema a la hora de atender las necesidades de protección y de asistencia de las víctimas.

En efecto, respecto de la regulación legal del delito de maltrato habitual en los aspectos que nos interesan, relativos a la violencia contra la mujer, se destaca, por un lado, la limitación del ámbito de sujetos pasivos al cónyuge, lo que dejó fuera del ámbito de aplicación del precepto los supuestos de ruptura o desaparición del vínculo matrimonial (divorcio, nulidad), a pesar de la situación crítica de especial riesgo en procesos de separación y divorcio, con peligro de escalada de la violencia; o persona a la que estuviere unido por análoga relación de afectividad, relación análoga que se entendió como relación de convivencia, lo que obligó a excluir todas las relaciones afectivas sin convivencia (novios); por otro lado, la exigencia de ejercicio de violencia física, que suponía configurar esta figura como un estricto delito de lesiones<sup>26</sup>, dejaba

al margen del precepto los supuestos de violencia psíquica<sup>27</sup>. No se contemplaban penas accesorias de la pena de arresto mayor que permitieran alejar al agresor de la víctima, pues aunque existían las penas de confinamiento y destierro no se aplicaban al delito que nos ocupa<sup>28</sup>. Además, no quedaba clara la posibilidad de establecer un concurso entre el delito de malos tratos habituales y los delitos aplicables por los eventuales resultados lesivos producidos<sup>29</sup>. Ya desde la perspectiva de las medidas cautelares, la incapacidad del sistema procesal penal para responder eficazmente a las necesidades de protección durante la tramitación de la denuncia justificaba los recelos de las víctimas a la hora de acudir al sistema penal. Además, se evidenciaron numerosas dificultades de coordinación de instituciones y recursos.

En el Código penal de 1995 el delito de maltrato habitual pasó al art. 153 CP<sup>30</sup>, que añadió la necesidad de que la análoga relación de afectividad tuviera carácter estable<sup>31</sup>, lo que supuso una mayor restricción de sus posibilidades de aplicación. Además, se incluyeron en el catálogo de sujetos pasivos nuevas categorías.

Si antes de 1995 la conducta sólo se podía realizar contra el cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, hijos sujetos a la patria potestad (del autor), pupilos, menores o incapaces sometidos a su tutela o guarda de hecho, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 se incluyeron los ascendientes<sup>32</sup>, se recogió una mención expresa a que los hijos podían ser «propios o del cónyuge o conviviente», se eliminó la necesidad de que los pupilos y los incapaces se hallasen sometidos a su tutela o guarda de hecho, pues bastaba la convivencia<sup>33</sup>, y se incluyeron todas las personas que se hallaren su-

26 Cfr. BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, cit., pp. 123-124.

27 Doctrina unánime. Vid. por todos BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, cit., p. 123.

28 El confinamiento y el destierro se regulaban respectivamente en los arts. 87 y 88 CP 1944/73.

29 De hecho, había quien entendía que las lesiones con la circunstancia mixta de parentesco como agravante absorbían el delito de malos tratos habituales.

30 Art. 153 CP 1995, redacción original: «El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso se causare».

31 A solicitud de un sector doctrinal. Cfr. entre otros BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, cit., pp. 122-123.

32 Que antes se mencionaban en la falta del art. 582, párrafo 2º, pero no en el delito del art. 425 CP 1944/73, lo que daba lugar a una inexplicable disparidad en el ámbito de protección de estas infracciones.

33 Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995. Volumen I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 801.

jetas «a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro», convivan o no con él. Se añade una cláusula de cierre, «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare», que permite expresamente acudir al concurso de delitos en caso de causación de resultados lesivos para la vida o la salud de las víctimas.

Por su parte, la falta de maltrato de obra en el ámbito familiar pasó al art. 617.2 CP<sup>34</sup>, que también amplió el ámbito de sujetos pasivos en coordinación con el delito correspondiente.

Si originalmente se aplicaba cuando la conducta se realizase sobre «el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores», tras la entrada en vigor del Código penal de 1995 la falta contempla como posibles víctimas, además del cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable (no permanente) por análoga relación de afectividad, a los «hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan».

A pesar de las mejoras introducidas en relación con el ámbito de sujetos pasivos y la necesaria coordinación entre el delito y la falta, la redacción de 1995 supuso desaprovechar la ocasión perfecta para adecuar estas infracciones a la realidad criminológica y a las necesidades político-crimina-

les, ya que respecto de la conducta típica se limitó prácticamente a reproducir la antigua descripción típica del maltrato habitual constreñido a los acometimientos físicos.

Las propuestas de incluir la violencia psíquica y las situaciones de separación de la pareja, aspectos de tan evidente incidencia en el fenómeno del maltrato, fueron rechazadas durante la tramitación legislativa.

Cuatro años después de la aprobación del Código penal de 1995, y en medio de una campaña institucional y mediática contra la violencia en la pareja, se produce una importante ampliación de la definición legal del maltrato habitual que permitió un mejor ajuste de la ley a las manifestaciones empíricas de este fenómeno. La reforma operada por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección de víctimas de malos tratos, marcó un momento decisivo en la línea de la ampliación del tipo y de la extensión de la protección que ofrecía<sup>35</sup>.

Se modifica el art. 153 CP<sup>36</sup>, que en relación con la conducta típica pasa a incluir la violencia psíquica, mientras que incorpora al ámbito de sujetos pasivos a los ex-cónyuges y ex-convivientes, así como a los acogidos por cualquiera de los miembros de la pareja, y define la habitualidad. También se modifica el art. 617.2 CP<sup>37</sup>. Igualmente ex-

---

34 Art. 617.2 CP 1995, redacción original: «El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses».

35 Sobre esta reforma vid. COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M., «Novedades legislativas introducidas por la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares», en COMAS DE ARGEMIR CENDRA, M. (dir.), *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, CGPJ, Madrid, 2001, pp. 201 y ss.; MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», en AA.VV., *Protección jurídico-penal de la mujer maltratada*, Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, A Coruña, 2000, pp. 119 y ss.

Sin embargo, todavía se manifestaban reticencias a las reformas por entender que el Código penal ya ofrecía suficiente protección a las víctimas del maltrato, opiniones vertidas desde asociaciones de jueces y de fiscales. En este sentido, por ejemplo, se recogió en *El País* la declaración de José Luis Requero, portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura, poco después del asesinato de Ana Orantes.

36 Art. 153 CP 1995, redactado conforme a la LO 14/1999, de 8 de junio: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

37 Art. 617.2 CP 1995, redactado conforme a la LO 14/1999, de 8 de junio: «El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

perimentan cambios los arts. 33.2.g)<sup>38</sup>, 33.3 f)<sup>39</sup>, se añade una letra b) *bis* al apartado cuarto del art. 33<sup>40</sup> y una letra f) al art. 39<sup>41</sup>, y se modifican los arts. 48<sup>42</sup> y 57 CP.

Y aunque la consideración de la violencia psíquica como conducta típica del delito de malos tratos había sido reiteradamente solicitada desde diversos ámbitos<sup>43</sup>, hay que señalar que también se alzaron voces en contra que cuestionaron lo acertado de la reforma.

Así, se ha dicho que «tal tipo de propuestas son fruto de una comprensible preocupación por las dificultades de evitar la impunidad de muchas de las conductas delictivas acaecidas en el seno de la familia, que permanecen en su mayor parte ocultas por una serie de factores que no es el momento de desarrollar, pero que en cualquier caso tienen poco que ver con soluciones como la adoptada en la reciente reforma. Se puede compartir la opinión de que determinadas formas de los llamados malos tratos psíquicos pueden llegar a tener sobre la víctima, en ciertas circunstancias,

efectos comparables a los malos tratos físicos. Pero de esta consideración no se deriva automáticamente la necesidad de elevarlos a la categoría de delito sin ningún tipo de matices y prescindiendo de si los efectos perversos de la extensión del tipo penal son superiores a las eventuales ventajas que razonablemente puedan esperarse atendiendo a las posibilidades reales de conocer, perseguir y castigar las infracciones»<sup>44</sup>, todo lo cual lleva a proponer una interpretación restrictiva que no permita la inclusión en el tipo de los insultos o acometimientos verbales.

Pero los cambios no habían terminado. La reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, introduce importantes novedades entre las que destaca el desplazamiento del delito de malos tratos habituales desde el Título III del Libro II («De las lesiones») del Código penal, donde hasta entonces figuraba en su art. 153 CP, al art. 173.2 y 3 CP<sup>45</sup>,

---

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar».

38 Se incluye una nueva pena en el catálogo de las penas graves: «la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo superior a tres años».

39 También se incluye aquí una nueva pena, esta vez menos grave: la misma prohibición «por tiempo de seis meses a tres años».

40 Para incluir como pena leve «la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, de comunicarse con ellos, por tiempo inferior a seis meses».

41 Que incluye la misma pena de la nota anterior entre las penas privativas de derechos.

42 El art. 48 CP regula el contenido de estas nuevas penas: «la prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellas. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

43 Apunta MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, p. 197, que «con ello, se atiende a una de las propuestas de la doctrina mayoritaria y, a la vez, se transmite tranquilidad a ciertos sectores de la sociedad que han influido en gran medida en la aceleración de esta reforma». Vid. las referencias que cita CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, p. 48, nota núm. 2. También el Defensor del Pueblo había solicitado la inclusión de la violencia psíquica. Cfr. DEFENSOR DEL PUEBLO, *La violencia contra las mujeres*, Madrid, 1998, p. 120.

44 TAMARIT SUMALLA en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 752. Vid. también en contra, por entender que es una conducta de menor gravedad, CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar, valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico», *Revista Penal* núm.6, julio 2000, pp. 24-25.

45 Art. 173.2 y 3 CP, redactado conforme a la LO 11/2003, de 29 de septiembre: «2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, in-

dentro del Título VII («De las torturas y otros delitos contra la integridad moral»). Este cambio de ubicación, que supone el reconocimiento de lo que ya sostenían muchos<sup>46</sup>, esto es, que el bien jurídico protegido en estas infracciones no es la integridad física ni la salud, sino la integridad moral, ha provocado numerosas críticas.

Al respecto se ha dicho que no todos los casos de violencia doméstica lesionan el bien jurídico de la integridad moral, sino sólo algunas modalidades, a saber: cuando un (mal)trato provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado» (STC 65/1986, de 22 de mayo). La inclusión indiscriminada de todos los supuestos supondría equiparar hechos desiguales e impediría, con ello, un tratamiento justo y diferenciado<sup>47</sup>. Sin embargo, no se explica por qué el maltrato físico o psíquico infligido por el hombre con el que se convive no atenta contra la integridad moral, y sin embargo sí lo hace el mismo maltrato realizado por autoridad o funcionario público abusando de su cargo, por ejemplo.

La inclusión de la figura delictiva que nos ocupa entre los delitos contra la integridad moral permite iniciar un proceso dirigido a la toma de con-

ciencia de que estamos ante un delito contra los derechos de la persona, en concreto contra su integridad moral, de forma que sea posible desvincularlo de las connotaciones familiares que lo acompañan. Además, se convierte en delito la anterior falta de lesiones leves, malos tratos de obra y amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos cuando el sujeto pasivo pertenezca al círculo familiar o de convivencia protegido penalmente, recogándose en el nuevo art. 153 CP<sup>48</sup>.

Por último, se amplía ese círculo de sujetos pasivos a los descendientes que no son hijos, a los hermanos y a otras personas integradas en la convivencia familiar y se suprime el requisito de convivencia entre cónyuges o parejas de hecho<sup>49</sup>. Esa cláusula de recogida, «persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar», junto con la extensión de la tutela que ofrece el art. 173 CP a «las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados», son muestra de una clara tendencia a la ampliación del ámbito de protección para dar cabida a relaciones completamente ajenas a las de naturaleza afectiva o familiar.

---

habilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

46 En el Plan de acción contra la violencia doméstica 1998-2000 ya se recogía como medida legislativa «plantearse otra ubicación sistemática a la vista del bien jurídico protegido» (p. 12). A favor de esta ubicación *vid.* BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 40; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica*, cit., p. 194; OLMEDO CARDENETE, *El delito de violencia habitual*, cit., pp. 42 y ss. Analizan las diversas concepciones sobre el bien jurídico en las figuras que nos ocupan ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 121-145; de la misma autora, «El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar», en LÓPEZ ARMINIO (coord.), *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz/Ayuntamiento de Jerez, Cádiz, 1999, pp. 105 y ss.; CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas», cit., pp. 19 y ss.; CASTELLÓ NICÁS, N., «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios sobre violencia doméstica*, cit., pp. 53-80; HUERTA TOCILDO, S., «Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y otros (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 509 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 71-106.

47 Así GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo» a la 10ª ed. del Código penal de la ed. Tecnos, pp. 18-20.

48 Ciertamente esta dispersión de los delitos relacionados con la violencia en el ámbito familiar, unos en el título de las lesiones y otros en el que recoge los delitos contra la integridad moral, «relativiza notablemente el peso de los argumentos sistemáticos a la hora de decidir sobre el objeto de tutela de estas figuras delictivas». LAURENZO COPELLO, P., «Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada», *Artículo 14* núm. 14, diciembre 2003, p. 6.

49 Sobre esta reforma *vid. in extenso* GÓMEZ NAVAJAS, J., «La violencia: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal», *RdDPP* núm. 11, 2004, pp. 49 y ss., con amplia bibliografía; HUERTA TOCILDO, S., «Los límites», cit., pp. 507 y ss.; LAURENZO COPELLO, P., «Los nuevos delitos», cit., pp. 6 y ss.

Las modificaciones que introduce la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de penas aplicables a las infracciones de violencia doméstica pretenden responder también a la necesidad de ulteriores ajustes de la normativa en vigor, siempre insuficiente para atender las demandas de protección de las mujeres víctimas de agresión.

Así, la pena privativa de derechos consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima o a otras personas se acompaña de la suspensión *ex lege* del régimen de visitas, comunicación y estancia respecto de los hijos fijado en sentencia civil, que durará hasta el cumplimiento total de la pena impuesta (art. 48 CP); se introduce la obligación de acordar en la sentencia condenatoria la imposición de la pena accesoria de prohibición de aproximación en los casos del art. 173.2 CP (art. 57 CP); se introduce la obligación de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de las prohibiciones de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos (art. 83 CP); el incumplimiento de las prohibiciones a las que se condiciona la suspensión de la ejecución de la pena de prisión determina de forma obligatoria la revocación de la suspensión, con el consiguiente ingreso en prisión (art. 84 CP); se prohíbe sustituir la pena de prisión del art. 173.2 CP por multa, debiendo emplearse siempre como pena sustitutoria la de trabajos en beneficio de la comunidad, estando obligado el Juez o Tribunal a imponer dos reglas de conducta, la sujeción a programas específicos de reeducación y tra-

tamiento psicológico y la prohibición de acudir a determinados lugares (art. 88 CP). Por último, se modifica el art. 620 CP<sup>50</sup>.

Con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, se aborda de forma más decidida una de las necesidades más acuciantes en el ámbito de la violencia contra la mujer, como es la articulación de un mecanismo de coordinación de las medidas cautelares penales y civiles ya existentes, añadiendo una proyección en el ámbito asistencial. Se señala expresamente en el art. 544 *ter* LECrim que estamos ante un mecanismo para la protección integral e inmediata de la víctima de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de las personas mencionadas en el art. 173.2 CP<sup>51</sup>.

Pues bien, a pesar de este amplio despliegue de iniciativas y de reformas, y aquí se encuentra la paradoja a que aludía al inicio, hasta la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, el legislador seguía eludiendo una delimitación de la especificidad del fenómeno de la violencia contra la mujer en la pareja, situándolo junto a manifestaciones de maltrato a menores, incapaces u otras personas especialmente vulnerables en ámbitos domésticos o cuasi-familiares<sup>52</sup>. Se invisibilizan las necesidades e intereses de la mujer utilizando mecanismos de aparente neutralidad en cuanto al sexo<sup>53</sup>.

Parece como si una especie de ceguera histórica impidiera reconocer que la mujer, esposa o pareja, ex-cónyuge, ex-conviviente o ex-novia, no pertenece al mismo grupo que los descendientes, ascendientes, menores, incapaces y sometidos a

50 Art. 620.2º CP, redactado conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre: «Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:... 2º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

51 Sobre ella *vid.* entre otros, LAMO RUBIO, de, «La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio», AP 2003, marg. 1052.

52 Cfr. ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 203. Y de esta manera «aunque fuera la violencia de género la que desencadenara este aluvión de reformas, hoy (por 2004) ha quedado un tanto desdibujada (aunque ello no ha de ser sinónimo de relegada) en el amplio abanico de relaciones agresor-víctima que contempla el tipo». GÓMEZ NAVAJAS, J., «La violencia», cit., p. 58.

53 Como apunta FERRAJOLI, L., «La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza», *Democrazia e diritto* núm. 2, 1993, p. 52, el modelo de la homologación jurídica de las diferencias, propio del Estado liberal, se caracteriza por el hecho de que «la diferencia femenina no resulta discriminada en el plano jurídico en tanto y en cuanto es desconocida, ocultada y enmascarada en este plano: las mujeres tienen los mismos derechos que los hombres en la medida en que son consideradas o se finge que son (como los) hombres y se asimilan a éstos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento».

tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho. En éstos la vulnerabilidad y el sometimiento frente a quien les maltrata proviene de su natural posición de dependencia, debida a su vez a distintos motivos: edad, enfermedad o discapacidad. Quien les maltrata es precisamente quien tiene la obligación de garantizar su desarrollo equilibrado en el proceso de maduración y el deber de ocuparse de su bienestar y su seguridad. Respecto de la mujer no existe una posición de inferioridad natural o una necesaria relación de dependencia o de inferioridad, sino que es precisamente la práctica del maltrato la que actúa como el mecanismo dirigido a obtener y a mantener el acatamiento y la sumisión a la voluntad del varón<sup>54</sup>.

Me niego a considerar el tan manido argumento de la inferioridad física de la mujer frente al hombre<sup>55</sup>. No es un problema de fuerza física, sino de actitud: la mujer está condicionada socialmente a aceptar que el varón utilice la violencia contra ella, y no responde violentamente aunque tenga medios para ello o la oportunidad de hacerlo. El hombre está condicionado socialmente a aceptar el uso de la violencia como medio adecuado para conseguir la obediencia de la mujer (esposa, compañera, novia o hija).

Sin embargo, no son pocos los autores que señalan que estamos ante supuestos de «prevalimiento de la situación de dependencia de la víctima respecto del sujeto activo»<sup>56</sup>, tratándose de sujetos que ejercen «su posición dominante en las relaciones familiares, afectivas o similares de forma habitualmente violenta»<sup>57</sup>, convirtiendo el maltrato en «expresión de dominación o de corrección frente a los miembros más débiles del grupo familiar»<sup>58</sup>, aceptando esa equiparación tradicional de la mujer con las personas dependientes. También algún legislador se ha dejado llevar por esta corriente<sup>59</sup>. Conviene insistir en que en el ámbito de la pareja «la «posición de dominio» y de sometimiento de la voluntad no es el presupuesto sino el resultado pretendido o la motivación explícita o implícita de las agresiones. No se ignora que la dependencia económica y sentimental pueden suponer una relación fáctica de vulnerabilidad, pero no es una situación equiparable a la «dependencia» derivada por la «naturaleza» de la relación sino por la patología de la relación»<sup>60</sup>.

La equiparación de ambos grupos de supuestos responde al modelo avalado hasta hace pocos años en el propio Ordenamiento jurídico español, conforme al cual la «obediencia» de la esposa forma parte de la distribución de roles familiares<sup>61</sup>.

54 Cfr. por todos ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 203; GARCÍA VITORIA, A., «Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico y familiar», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, cit., p. 551. Esto es lo que no ve el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto, pues define la violencia como relación de subordinación y a partir de ahí entiende que «esta subordinación es mayor cuando se trata de personas desvalidas o de niños, pues el adulto, la mujer agredida, suele conservar una capacidad de reacción, aunque esté mermada como consecuencia de aquella clara superioridad». Pero ¿de qué «clara» superioridad se está hablando? De la que se deriva de la posición dominante del hombre sobre la mujer, y no de otra. No se pone en duda en ningún momento la existencia de una situación de dominación, de superioridad, pero no se quiere analizar la razón de que exista esa situación entre dos adultos sanos.

55 Vid. cómo lo utiliza, entre otros, DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, Colex, Madrid, 2001, p. 19.

56 REBOLLO VARGAS en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 260.

57 BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 150.

58 VALMAÑA OCHAÍTA, S., «El delito de malos tratos», en RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C./VALMAÑA OCHAÍTA, S. (coords.), *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 95. Hablan de la tutela de «todas las relaciones que, dentro del grupo familiar (matrimonial o extramatrimonial), están necesitadas de una especial protección por la posición más débil de la víctima» DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica*, cit., p. 81; de «la protección de los más débiles en el ámbito familiar o cuasi familiar» GARCÍA ÁLVAREZ, P./CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 55; de la «protección del más débil» SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, L., «De la represión penal de la violencia de género y su estimación criminológica», en SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J., *Expresiones de fenomenología criminal y su etiología*, Acpa, Madrid, 2005, p. 41.

59 El art. 2 de la Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, de Canarias, define la violencia contra las mujeres como todo tipo de actuación que «se realice al amparo de una situación de debilidad o de dependencia física, psicológica, familiar, laboral o económica de la víctima frente al agresor», presumiendo la existencia de una situación de debilidad que es precisamente la consecuencia de la violencia ejercida contra la mujer, y no la ocasión para que el hombre la emplee.

60 ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 218.

61 Cfr. ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., pp. 203-204.

Ha habido que esperar al año 1999 para que se derogara el inciso del art. 104 LECrim que establecía que «en las faltas consistentes en... malos tratos inferidos por los maridos a sus mujeres, en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquéllos, en faltas de respeto y sumisión de los hijos respecto a sus padres, o de los pupilos respecto a sus tutores, y en injurias leves, sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes». La derogación de este párrafo se produce por la LO 14/1999, de 9 de junio, en cuya Exposición de Motivos se reconoce el carácter obsoleto de la referencia a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de sus padres. Ciertamente resulta obsoleta la referencia a la desobediencia de las mujeres, pero no es equiparable a la falta de respeto y sumisión de hijos o pupilos, ya que las expectativas de respeto y sumisión, que constituyen la contrapartida necesaria de los deberes de educación y custodia de los padres, se reconocen legalmente en el art. 155 del Código civil, que señala que «los hijos deben: 1º. Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre», y en el art. 268 del mismo cuerpo legal, que dispone que «los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor». No existe una disposición similar dirigida a la mujer respecto del esposo.

Es indudable que la decisión de crear el delito de maltrato habitual y de dotarlo de autonomía respecto de otras figuras delictivas constituyó en su día un importante avance, pero la persistencia de la opción tradicional de tratamiento conjunto de los «desórdenes» en el ámbito doméstico ha condicionado en buena medida las sucesivas ampliaciones del precepto<sup>62</sup>. De esta manera se desatiende la reivindicación de las asociaciones feministas que reclamaban sacar a la luz la violencia contra las mujeres como una práctica injusta, extendida y oculta, minimizada en su gravedad por el arraigo histórico de concepciones de género

construidas y avaladas por leyes y religiones a lo largo de la historia<sup>63</sup>.

Sirva como ejemplo de lo que aquí se dice que ya la Exposición de Motivos de la LO 3/1989, de 21 de junio, fundamentaba la creación del nuevo delito de maltrato habitual en el ámbito familiar en la necesidad de corregir «la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo». El motivo declarado del legislador era, pues, proteger a los «débiles» (mujeres, menores, incapaces), si bien la definición generalizadora de la ley no nombraba a la mujer, sino al «cónyuge» o «persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad». El proceder jurídico, abstracto y formalista, satisface así el presupuesto teórico de la igualdad para no dejar vacíos en la previsión de las conductas que se prohíben como maltrato habitual. No importa que la realidad sea muy distinta: en el nivel conceptual, la técnica legislativa garantiza la tutela igual de eventuales víctimas aunque con ello quede desdibujado el significado de las conductas que motivaron realmente la necesidad de crear un tipo específico. Se diluye de esta forma el contexto y la realidad criminológica, así como el desvalor específico de la injusticia del maltrato a la mujer en relación con la pareja.

Todas las estadísticas coinciden en señalar que aproximadamente en las tres cuartas partes de los casos de maltrato habitual se trata de violencia del hombre contra la mujer. El porcentaje aumenta si tenemos en cuenta la violencia del hombre contra los hijos, pues las víctimas de la violencia contra menores descendientes son mayoritariamente las niñas<sup>64</sup>.

A efectos prácticos no resulta indiferente la opción por el modelo de agrupación de las diversas modalidades de maltrato doméstico<sup>65</sup>. No hay duda de que el maltrato a descendientes, ascendientes, menores, incapaces o personas sometidas a

62 Como denuncia ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., pp. 203-204, y hemos podido comprobar.

63 Cfr. ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 204.

64 Vid. algunos datos en BENÍTEZ GARCÍA, M. J., *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, Madrid, 2004, *pássim*, con un detallado análisis de las estadísticas y del efecto de los cambios legislativos sobre ellas; CALVO GARCÍA, M., «El tratamiento de la violencia familiar de género en la administración de justicia», en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, cit., pp. 49 y ss.; GÓMEZ PARDOS, L./LÓPEZ VALENCIA, E. M., «El fenómeno de la violencia doméstica y su tratamiento legislativo e institucional. Especial referencia a la Comunidad Autónoma aragonesa», en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, cit., p. 19. Informa del debate sobre la simetría de la violencia en la pareja, y sobre la mayor peligrosidad de la violencia masculina, que respondería a motivaciones relacionadas con el deseo de controlar e intimidar, frente a la femenina, que responde más a objetivos de autoprotección o de venganza, MEDINA, J. J., *Violencia contra la mujer*, cit., pp. 227 y ss.

65 Como advierte ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., pp. 204 y ss.

tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho presenta rasgos análogos en su forma de manifestación a los propios de la violencia contra la mujer<sup>66</sup>. Tampoco hay duda alguna de que valorativamente su gravedad es equiparable, y menos aún puede ponerse en cuestión que la realidad muestra que la dimensión de estas prácticas es importante, si bien se queda en un 10% de la estadística total del maltrato<sup>67</sup>. Sin embargo, el supuesto de maltrato habitual en el hogar contra los menores o personas dependientes por sus padres o cuidadores remite a otro grupo de casos que efectivamente requieren un tratamiento específico bajo la óptica del superior interés del menor o incapaz. Y lo mismo cabe señalar de la violencia contra los ancianos. Una buena técnica legislativa debe procurar diferenciar grupos de casos en función de los modos de comisión, de la posición del sujeto activo respecto a la víctima, de los diferentes planos de afectación del bien jurídico y atendiendo a la necesidad de dar respuestas diferenciadas cuando así resulta aconsejable, aunque las conductas compartan ciertos rasgos comunes entre sí<sup>68</sup>.

El problema es que el modelo familiar en que se inspira el diseño legal de la figura del maltrato habitual ha condicionado y sigue condicionando el «discurso jurídico-penal que, en su desarrollo conforme a patrones deductivos y de lógica formal, con frecuencia tiende a discurrir de espaldas a la realidad»<sup>69</sup>. La igualdad formal ha propiciado el desarrollo de un mecanismo de defensa del modelo social androcéntrico constituido por la generalización de la creencia de que la igualdad entre hombre y mujer ya está conseguida, al menos en el ámbito penal. Y como hemos visto, anclados en la violencia doméstica o familiar desde una perspectiva de análisis exclusivamente formal se des-

cubren lagunas en el ámbito de aplicación de la infracción penal, de lo que derivan las propuestas de extender el ámbito de lo punible a otras situaciones análogas a la convivencia familiar porque «también» se trata de personas vulnerables «sometidas» a la autoridad de quien tiene el deber de cuidarles, protegerles o educarles. «La mujer se mantiene en el imaginario del orden familiar en el grupo de los «vulnerables»»<sup>70</sup>, invisibilizándose en el conjunto y minimizándose la importancia de su presencia como víctima<sup>71</sup>.

Por ello no pueden ignorarse los rasgos básicos que permiten deslindar la singularidad de la violencia que padece la mujer a manos de su pareja, y muy en particular la clase de relación entre el agresor y la víctima: relación sentimental o de convivencia, actual o de pasado reciente, con o sin hijos, de intimidad afectiva y/o sexual entre dos personas adultas, con su propia dinámica de interacción en modo alguno asimilable a otras relaciones familiares<sup>72</sup>.

Piénsese que en la relación de pareja se proyectan de forma singular las representaciones sobre la propia identidad y las expectativas donde los roles de género, culturalmente transmitidos y aprendidos, juegan un papel decisivo. Las expectativas de acatamiento y sumisión de la mujer en esa relación se encuentran en la base de la violencia empleada por el varón como instrumento para reclamar el efectivo sometimiento de la mujer<sup>73</sup>. A la vez, el replegamiento de la mujer ante el hostigamiento, que se explica como mecanismo de defensa dirigido a protegerse de las experiencias vividas que resultan insoportables o difíciles de sobrellevar<sup>74</sup>, y los intentos de salvar la relación, frecuentemente para evitar los traumas de una ruptura para los hijos comunes o para no tener que hacer

66 Como reconoce ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 204.

67 En el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer se menciona que aunque «la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91,1% de los casos), también están presentes los de violencia contra hombres (8,9% de los casos), ascendientes y contra menores».

68 Nos encontramos ante conductas que sólo recientemente han pasado a ser consideradas como gravemente lesivas de bienes jurídicos fundamentales, y la referencia histórica se encuentra en las faltas de maltrato familiar diseñadas conforme a coordenadas culturales incompatibles con la consideración de la mujer como persona dotada de autonomía de decisión. Cfr. ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 205.

69 ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 205.

70 ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 205.

71 Vid. un claro ejemplo de este proceder en MORILLAS CUEVA, L., «Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, cit., pp. 673 y ss.

72 Sigo a ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., pp. 205-206. Sobre la violencia contra la pareja en contraste con otras formas de violencia, vid. MEDINA, J. J., *Violencia contra la mujer*, cit., pp. 76 y ss.

73 Vid. los rasgos del agresor violento en ROBLEDO VILLAR, A., «Los elementos personales de la agresión familiar», en AA.VV., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, Madrid, 2000, pp. 197 y ss.

74 Cfr. ROBLEDO VILLAR, A., «Los elementos personales», cit., p. 204.

frente al reproche social o familiar por ser causante de la ruptura, no son ajenos a su socialización en el modelo de género, pero tampoco son ajenos a una lógica ponderación de costes y de valoración de afectos que no puede tacharse de irracional<sup>75</sup>. El proceso de ruptura requiere un tiempo de maduración y de asunción de las consecuencias, lo que explica en muchas ocasiones el titubeo o la tardanza en la adopción de ciertas decisiones, o en denunciar los hechos cuando la situación resulta ya explosiva, titubeo o tardanza que se ha entendido como «morbo»<sup>76</sup> o «lindante con el masoquismo»<sup>77</sup>.

Y de ello derivan ciertas características del maltrato a la mujer en la pareja que deben tenerse en cuenta en el diseño de medidas de prevención extrapenales y de pautas político-criminales de actuación<sup>78</sup>. Evidentemente se trata de peculiaridades asociadas a las vicisitudes de la relación de pareja, ámbito que es difícilmente compatible con la imposición por ley de una ruptura no deseada, lo cual genera un problema de imposible resolución desde parámetros estrictamente punitivos<sup>79</sup>. De ahí la necesidad de una ley de protección integral contra la violencia de género.

#### IV. La perspectiva de género en las modificaciones introducidas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en la legislación penal

Las modificaciones operadas por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en el Código penal suponen introducir la perspectiva de género en el Derecho penal.

Al hablar de «género» en los conceptos de «perspectiva de género» y de «violencia de género» es necesario, en primer lugar, explicar a qué nos referimos, sobre todo porque ya se han alzado

numerosas críticas frente a la utilización de este término. Ciertamente es que hasta hace poco tanto en la normativa internacional como en la propia legislación española resultaba extraño el empleo de «género» con el sentido que ha adquirido en la actualidad.

La normativa internacional emplea el término de «violencia contra la mujer». Así por ejemplo la Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra las mujeres, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993. O las iniciativas tanto del Parlamento europeo (por ejemplo, la Resolución A-44/86, de 11 de junio de 1986, sobre las agresiones a la mujer; o la Resolución A4-0250/97, de 16 de septiembre de 1997, que dio luz verde a una Campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres) como de la Comisión Europea, sin olvidar otros organismos como el Consejo de Europa, que ha elaborado resoluciones sobre la violencia en el seno de la familia<sup>80</sup>, sobre violación y agresiones sexuales a las mujeres<sup>81</sup> y para la protección de las mujeres frente a la violencia<sup>82</sup>, entre otras.

En España los reparos a la utilización de la expresión «violencia de género» son de tipo lingüístico, ya que se denuncia el empleo incorrecto de «género» para traducir el término inglés «gender», que se traduciría más correctamente por «sexo». A ello se añade que «género» tiene básicamente una acepción gramatical: «clase a la que pertenece un nombre sustantivo o un pronombre por el hecho de concertar con él una forma y, generalmente sólo una, de la flexión del adjetivo y del pronombre. En las lenguas indoeuropeas estas formas son tres en determinados adjetivos y pronombres: masculina, femenina y neutra». Además, entre otros posibles significados aparece «conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes», «clase o tipo a que pertenecen personas o cosas»<sup>83</sup>. Desde

75 Cfr. LARRAURI PIJOÁN, E., «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», *RDPyCrim* núm. 12, 2003, pp. 271 y ss. También ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., p. 206.

76 Como denuncia FERNÁNDEZ, R., «El derecho penal como instrumento imprescindible para la prevención de la violencia contra las mujeres», en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, cit., p. 195. Sobre el tema, vid. LARRAURI PIJOÁN, E., «¿Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?», cit., *pássim*.

77 GARCÍA VITORIA, A., «Tratamiento jurisprudencial», cit., p. 532.

78 Apuntadas por ASÚA BATARRITA, A., «Los nuevos delitos», cit., pp. 206-207.

79 Hasta ahora se ha fracasado a la hora de entender y atender la propia ambivalencia que manifiesta la mujer a la hora de recurrir a la Administración de Justicia.

80 Resolución R (85) 4, de 26 de marzo de 1985, sobre violencia en el seno de la familia; Resolución núm. 2 de 1990, del Consejo de Ministros, sobre las medidas sociales respecto a la violencia en el seno de la familia.

81 Adoptada en la III Conferencia Europea sobre la igualdad entre mujeres y hombres, celebrada en Roma en 1993.

82 Recomendación R (2002) 5, de 30 de abril de 2002, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para la protección de las mujeres contra la violencia.

83 Vid. la extensa y documentada argumentación de la Real Academia Española en el informe de 19 de mayo de 2004 sobre la expresión «violencia de género».

una perspectiva feminista la contraposición conceptual de «sexo» y «género» expresa que en tanto el sexo está determinado biológicamente el género se dota de contenido socialmente<sup>84</sup>. Y de acuerdo con este entendimiento la perspectiva de género no es más que «un instrumento para descubrir y comprender los mecanismos que en la práctica –a pesar del reconocimiento formal del derecho de igualdad– permiten y mantienen la subsistencia de la primacía cultural de los valores androcéntricos tanto en la sociedad como en el Derecho... que permitirá avanzar en la consecución de la igualdad material, sustantiva y real»<sup>85</sup>.

La introducción de esta perspectiva es necesaria tanto en la legislación como en el análisis de la jurisprudencia. En el Informe de la Ponencia sobre la erradicación de la violencia doméstica, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer<sup>86</sup>, se reconoce expresamente que «el estudio de algunas sentencias ha puesto de manifiesto que en éstas se resta importancia a las pruebas acreditativas de violencia doméstica, se relativizan o minimizan los actos violentos o vejatorios dándoles la consideración de simples disputas conyugales», apreciación que comparte la doctrina<sup>87</sup>.

La expresión «violencia de género» puede ser un barbarismo, pero tiene una ventaja fundamental frente a las de violencia contra la mujer, más neutra<sup>88</sup>, o de violencia doméstica, al mismo tiempo más amplia y más restrictiva<sup>89</sup>, con las que se superpone parcialmente: pone el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la

pareja, fruto de categorías, roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, e instrumento para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre<sup>90</sup>.

La IV Conferencia Mundial sobre el avance de las mujeres, celebrada en Pekín en 1995, definió la violencia contra la mujer como «todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada...», señalando que «es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo».

Además, traducir «*gender violence*» como «violencia de sexo» produciría en España confusión con los delitos contra la libertad sexual.

En nuestro Ordenamiento, la introducción de la perspectiva de género se fundamenta en la obligación constitucional de los poderes públicos 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 (art. 9.2 CE)<sup>91</sup>. Si la Constitución consagra el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), esa igualdad no se puede entender alcanzada una vez que existe una legislación neutra en su formulación abstracta, pero a la vez ciega a las diferencias

84 Y así lo reconoce en su informe la Real Academia Española, al apuntar que «con el auge de los estudios feministas, en los años setenta del siglo XX se comenzó a utilizar en el mundo anglosajón el término *gender* con el sentido de «sexo de un ser humano» desde el punto de vista específico de las diferencias sociales y culturales, en oposición a las biológicas, existentes entre hombres y mujeres. Tal sentido específico ha pasado del inglés a otras lenguas, entre ellas el español. Así pues, mientras que con la voz *sexo* se designa una categoría meramente orgánica, biológica, con el término *género* se ha venido aludiendo a una categoría sociocultural que implica diferencias o desigualdades de índole social, económica, política, laboral, etc.» (cursivas en el original).

85 MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 222. Vid. también CARRERAS, M., *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, cit., *pássim*; FERNÁNDEZ, R., «El derecho penal como instrumento», cit., pp. 194 y ss.

86 BOCG VII legislatura, serie A, núm.374, de 4 de diciembre de 2002, p. 62.

87 Cfr. entre otros, FERNÁNDEZ, R., «El derecho penal como instrumento», cit., p. 200.

88 Pues no se alude a la raíz última de esa violencia, la estructura social patriarcal, ni tampoco aclara que se trata no de violencia contra cualquier mujer, sino de violencia contra una mujer que fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

89 Más amplia porque abarca la violencia ejercida en el hogar contra cualquier miembro de la familia; más restrictiva porque excluye la violencia ejercida contra la ex-pareja o la pareja actual con la que no se convive.

90 Vid. entre otros COMAS D'ARGERMIR I CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La violencia de género: política criminal y ley penal», en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pp. 1185 y ss.; GÓMEZ PARDOS, L./LÓPEZ VALENCIA, E. M., «El fenómeno de la violencia doméstica», cit., pp. 21 y ss. En contra, señalando que es una «expresión inadecuada», cfr. SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, L., «De la represión penal», cit., p. 19.

91 Cfr. COMAS D'ARGERMIR I CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La violencia de género», cit., pp. 1190-1191.

reales entre sexos que dan lugar a desigualdades en las situaciones de cada uno. «En la práctica la labor legislativa se traduce constantemente en un conjunto de leyes en las que el legislador establece consecuencias jurídicas distintas a realidades sociales diversas o a sectores de población que se encuentran en circunstancias diferentes»<sup>92</sup>. La ley es conforme con la Constitución si las eventuales diferencias de trato que establece cuentan con una justificación objetiva y razonable y si la diferencia de trato es adecuada y proporcionada al fin que la justifica, como en mi opinión ocurre en el caso que nos ocupa.

A ello cabe añadir que en diferentes instrumentos internacionales ratificados por España se establecen obligaciones o se exhorta a los Estados a reforzar la protección de la mujer. Así, la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, obliga en su art. 5 a los Estados parte a tomar todas las medidas apropiadas para la

modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que están basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Por su parte, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1997/44, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 57ª sesión, incita a los Estados a «reforzar en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar cualquier forma de violencia infligida a mujeres y niñas» y recuerda a los gobiernos «que las obligaciones que les impone la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer deben aplicarse plenamente en relación con la violencia de género».

Ha sido, pues, desde esta perspectiva que el legislador ha introducido modificaciones en los arts. 148<sup>93</sup>, 153<sup>94</sup>, 171.4, 5 y 6<sup>95</sup>,

---

92 Voto particular al acuerdo de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial de fecha 21 de junio de 2004.

93 Art. 148 CP, redactado conforme a la LO 1/2004, de 28 de diciembre: «Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

(...) 3º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4º Si 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.

5º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor».

94 Art. 153 CP, redactado conforme a la LO 1/2004, de 28 de diciembre: «1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

95 Art. 171.4, 5 y 6 CP, redactado conforme a la LO 1/2004, de 28 de diciembre: «4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un

173.2<sup>96</sup>, 468<sup>97</sup> y 620 CP<sup>98</sup>. Las respuestas no se han hecho esperar.

El Consejo General del Poder Judicial ha criticado el Anteproyecto desde el entendimiento de que la acción positiva de mayor protección para la víctima del sexo femenino da lugar a un desequilibrio inverso por exceso que no se justifica: primero porque no existe una situación de desequilibrio previo desfavorable a la mujer<sup>99</sup> y segundo

porque no hay escasez en los bienes a los que accede la mujer. Y con base en la interpretación que realiza del art. 9.2 CE señala que la «técnica de fomento plasmada en medidas de discriminación positiva no es aplicable al ámbito penal ni al orgánico judicial, máxime cuando se establece con carácter de automatismo y sin limitación temporal alguna». Cae el Consejo en el formalismo absurdo de analizar la legislación entonces vigente

año o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

96 Art. 172.2 CP, redactado conforme a la LO 1/2004, de 28 de diciembre: «2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en la sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado».

97 Art. 468 CP 1995, redactado conforme a la LO 1/2004, de 28 de diciembre: «1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».

98 Art. 620 CP de 1995, redactado conforme a la LO 1/2004, de 28 de diciembre: «Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

(...) 2. Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante de la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del núm. 2º de ese artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

99 El Consejo General del Poder Judicial niega lo que se afirma en la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 30 de abril de 2002, Rec (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia, que empieza «reafirmando que la violencia hacia las mujeres es el resultado de un desequilibrado reparto de poder entre hombres y mujeres y está provocando una seria discriminación contra el sexo femenino»; desconoce «la necesidad de cambiar las actitudes, mediante la educación de los hombres y mujeres para que acepten la igualdad de derechos y superen las prácticas y los prejuicios basados en papeles estereotipados», afirmada por la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979; disiente de la Declaración de Pekín de 1995, en la que se afirma que «la violencia contra las mujeres es un mecanismo social fundamental por el cual las mujeres están en una posición de subordinación respecto de los hombres»; olvida la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 1997, que exhorta a los Estados a «reforzar en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar cualquier forma de violencia infligida a mujeres y niñas»; sólo por citar algunos documentos internacionales.

para determinar si había o no ese desequilibrio en la tutela. Es evidente que la tutela formal era similar. Pero el desequilibrio se ha de analizar en la tutela material, punto de vista que permite constatar una necesidad mayor de protección para la mujer en la pareja. Y tampoco tiene en cuenta el Consejo que no desaparece la tutela de la víctima de sexo masculino, manteniéndose la de menores, personas dependientes y ancianos al mismo nivel que la de la mujer<sup>100</sup>, aunque se trate de fenómenos cuantitativamente menos significativos.

Pero también en la doctrina hay voces en contra. GIMBERNAT ha criticado con dureza que el mensaje implícito en los cambios introducidos sea «que, en contra de toda evidencia, y en contra de lo que enseña cualquier elemental aproximación a la realidad social, las agresiones de hombres sobre mujeres persiguen siempre vulnerar la integridad moral de éstas... Este postulado del feminismo radical, que, como en su día el nacionalcatolicismo, pretende imponer sus principios al resto de la población no-creyente, por la vía coactiva del Derecho penal, sólo puede defenderse desde un fundamentalismo que, precisamente porque lo es, se niega a ver una realidad que simplemente se coge con las manos: porque la mayoría de las amenazas y coacciones leves ejercidas por un hombre sobre una mujer dentro de una relación de pareja no tienen nada que ver con un «instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», sino que obedecen a motivos tan pedestres como sobre a qué colegio debe llevarse a los hijos o a cómo reacciones frente a sus

eventuales malas notas escolares, a cuestiones de economía doméstica..., a discusiones sobre materias políticas o religiosas, o a si hay que pasar las vacaciones en la playa o en la montaña»<sup>101</sup>. No se tiene en cuenta que tampoco en el tradicional delito de tortura la autoridad o funcionario público se suele despachar a gusto con el detenido por puro sadismo y para atentar contra su integridad moral: lo hace para que confiese, para que diga quién le acompañó, para que indique dónde está el botín. Y sin embargo nadie duda de la correcta ubicación del delito de tortura entre los delitos contra la integridad moral. Además, en el texto de la ley no se recoge exigencia alguna de un elemento subjetivo del injusto consistente en un ánimo discriminatorio<sup>102</sup>. Igualmente en sentido crítico se han manifestado BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN<sup>103</sup>, y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL<sup>104</sup>, entre otros.

La perspectiva de género permite descubrir una realidad que no debemos olvidar cuando nos enfrentamos al análisis de la respuesta penal a la mal llamada violencia «doméstica»: que la igualdad sigue siendo puramente formal y que los derechos son masculinos. Los derechos son de los hombres<sup>105</sup>. Pero la introducción de esta perspectiva también permite apreciar un cambio trascendental en los últimos años: por una parte, una mayor toma de conciencia de la mujer sobre su propio papel en la familia y en la sociedad, y por otra, una mayor toma de conciencia de los dos sexos sobre la inaceptabilidad del maltrato como expresión de dominación del hombre sobre la mujer en la pareja<sup>106</sup>.

100 Cfr. COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La violencia de género», cit., pp. 1192-1193, que niegan que la nueva regulación deje desprotegidos a menores, ancianos, discapacitados u hombres maltratados. En modo alguno quedan desprotegidos: estos colectivos siguen recibiendo la misma tutela penal que antes.

101 GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo» a la 10ª ed. del Código penal de la ed. Tecnos. El argumento es muy similar al empleado por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto, pp. 29 y ss.

102 Ya lo destaca CARBALLO CUERVO, M. A., «Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en AA.VV., *Violencia Doméstica*, Sepín, Madrid, 1995, pp. 14-16.

103 Cfr. BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, M. A., «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)», *La Ley* 2004-5, pp. 1574 y ss.

104 Cfr. SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, L., «De la represión penal», cit., pp. 40 y ss., con argumentos tan peregrinos como que la opción tradicional no repercute en perjuicio de nadie con la pérdida de vigor o de fuerza en la protección penal que se articula para alguien, es decir, para los hombres, como si la tutela reforzada de la mujer en la pareja supusiera una pérdida de capacidad de protección del hombre en la pareja.

105 Cfr. CARRERAS, M., *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, cit., p. 101; FERNÁNDEZ, R., «El derecho penal como instrumento», cit., p. 190; LACASTA ZABALZA, J. I., «Género y ambivalencia del Derecho y de su sistema penal», en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, pp. 15 y ss.

106 Debe destacarse en todo momento que «el plus de protección a favor de la mujer... no se basa exclusivamente en el hecho de ser el sujeto pasivo mujer, sino por el hecho de que los atentados que padece tienen lugar en el ámbito de la relación de la pareja», como subraya COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La violencia de género», cit., p. 1193. En el mismo sentido CARBALLO CUERVO, M. A., «Estudio», cit., p. 12.

Se ha dicho que no es posible explicar por qué la conducta de dar un único empujón a la esposa, compañera o novia presente o pasada se ha transformado de falta en un delito de lesiones, y que la pena prevista para ese comportamiento pueda ser de seis meses a un año de prisión, y que una única coacción leve de un hombre sobre su mujer se castigue también con esa pena, con el argumento de que esas acciones aisladas constituyen un indicio de que en el futuro el autor puede cometer posteriores actos de violencia o de coacciones<sup>107</sup>. En mi opinión el distinto trato penal que recibe el autor según su víctima sea mujer ligada o que haya estado ligada sentimentalmente a él no puede considerarse propio de un Derecho penal de autor, actualmente inaceptable<sup>108</sup>. El fundamento de una mayor pena no radica en la mayor peligrosidad del autor<sup>109</sup> ni en el móvil, discriminatorio o de otro tipo, de su conducta<sup>110</sup>, sino en la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata, sino al efectivo y real desvalimiento que padece en la relación de pareja, desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política... en fin, a través de la imposición de roles familiares tradicionales.

Al Consejo General del Poder Judicial esta regulación le plantea serias dudas de constitucionalidad. No deseo entrar en esa discusión. Sólo quisiera apuntar que también responde al principio de igualdad tratar de manera desigual lo que es desigual, y la situación real de hombre y mujer frente a la violencia en la pareja no es la misma.

A mi juicio no se puede estudiar esta reforma en el vacío de las abstracciones legales. No es suficiente señalar que la distinta respuesta penal ante un mismo comportamiento objetivo, que puede ser calificado como delito o falta en función de ser el sujeto activo varón o mujer, «supone una frontal vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución que no puede justificarse objetivamente al amparo de la doctrina de la discriminación positiva tolerable de difícil encaje en la tutela penal, pues se trata de proteger a la mujer a costa de restringir la libertad del hombre ya que a mayor rigor punitivo, mayor restricción de la libertad»<sup>111</sup>. Denota una completa ceguera frente a la realidad afirmar que «no parte la mujer de una situación de desventaja que haya de corregirse mediante el recurso a una mayor protección penal mediante la técnica de buscar la eficacia preventivo-general mediante penas más severas»<sup>112</sup>. No estamos hablando de cualquier violencia contra las mujeres, sino sólo de una clase de violencia: la que ejercen algunos hombres contra mujeres que se encuentran en una situación de desvalimiento en su relación sentimental, producto de concepciones sociales patriarcales. No se protege a la mujer por el mero dato biológico de su sexo, sino por la peculiar situación de inferioridad socialmente construida en que se encuentra cuando el hombre con el que está o ha estado vinculada sentimentalmente ejerce violencia sobre ella aprovechando la superioridad que la relación en su caso le proporciona<sup>113</sup>. Hay una situación

107 Vid. las detalladas críticas de ÍÑIGO CORROZO en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario*, cit., pp. 32 y ss.

108 Como temen BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A., «La discriminación positiva», cit., pp. 1576 y ss.

109 Que ha llevado a algunos autores a proponer la aplicación de medidas de seguridad a los agresores en el ámbito de la violencia doméstica. Cfr. entre otros BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., «Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual», *ADPCP* 1999, pp. 440 y ss.; GÓMEZ NAVAJAS, J., «La violencia en el ámbito familiar», cit., p. 85. Los principios que con ello se estarían aplicando son los mismos que en su día inspiraron la Ley de Vagos y Maleantes y su sucesora, la Ley de Peligrosidad y de Rehabilitación Social: al autor no se le castiga por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer en el futuro. Y en esa medida son rechazables.

110 Afirma que se «ha pretendido sancionar más gravemente al sujeto que actúa por unos «especiales motivos», ÍÑIGO CORROZA en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario*, cit., p. 27. También BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, M. A., «La discriminación positiva», cit., pp. 1577-1578, tratan de fundamentar la mayor sanción del varón en que «en estos hechos realizados por hombres contra sus mujeres existe una mayor gravedad de la culpabilidad, puesto que el motivo que impulsa al autor a cometer el delito es la discriminación por razón del «sexo femenino». Cae en el mismo error el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, de 24 de junio de 2004.

111 Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto, p. 42. Similar aunque menos combativo el Dictamen del Consejo de Estado, que indica que las modificaciones en las normas sancionadoras entran en colisión con el principio de racionalidad y de idéntica protección jurídica en vía sancionadora para los mismos bienes jurídicos.

112 Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto, p. 42.

113 Cfr. COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La violencia de género», cit., pp. 1206-1207 y 1210. Incier-ta, por tanto, la afirmación de BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, M. A., «La discriminación positiva», cit., p. 1576, cuando afirman que se crean figuras delictivas atendiendo exclusivamente a la circunstancia sexual del sujeto que o bien sufre la violencia o bien la realiza, prescindándose de cualquier otro fundamento material.

real de desventaja, y frente a ella no resulta extraño a la técnica legislativa reaccionar con penas superiores a las previstas con carácter general.

¿O acaso se ha puesto alguna vez en duda la constitucionalidad de la tutela más intensa de los menores e incapaces en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual? En este caso la desventaja proviene de su natural vulnerabilidad. En el caso de la mujer, de la vulnerabilidad construida socialmente a través de la imposición de modelos androcéntricos que se perpetúan por la inercia social<sup>114</sup>. No cabe duda de que las mujeres constituyen el grupo más expuesto a los riesgos derivados de la violencia en el ámbito familiar<sup>115</sup>.

Y eso no es vulnerar el principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva, sino tener presente todas las circunstancias en las que se produce la agresión. Con ello se consiguen dos objetivos: uno de prevención general positiva y uno de prevención especial negativa o intimidatoria.

Recordemos que el concepto de prevención general se suele utilizar en dos sentidos diferentes que conviene distinguir<sup>116</sup>: en el sentido más estricto, consiste en la intimidación de la colectividad mediante la conminación penal abstracta y la sanción del individuo; en el sentido más amplio, consiste en la confirmación del Derecho como orden ético, y sólo secundariamente en la intimidación. El entendimiento de la prevención general como intimidación se relaciona con ciertos planteamientos desarrollados por las tesis retributivas<sup>117</sup>, de forma que la novedad aportada por la doctrina de la prevención general positiva, estabilizadora o integradora reside en el sentido más amplio del concepto de prevención general. En su

base se halla la consideración de que el Derecho penal no se reduce al mero efecto intimidatorio sobre los delincuentes potenciales, sino que influye positivamente en el arraigo social de las normas; se atribuye a la pena un carácter socio-pedagógico, desde el momento que representa un aseguramiento de las normas que posibilitan la convivencia social, convirtiéndose, por tanto, en un instrumento idóneo para mantener los valores comunitarios, reforzando con ello el respeto al Ordenamiento jurídico. A partir de esta base se asigna al Derecho penal la misión de reforzar la conciencia jurídica de la comunidad y su disposición al cumplimiento de las normas<sup>118</sup>.

Es cierto que «los problemas de las mujeres no pueden resolverse por el simple recurso al derecho penal»<sup>119</sup>, y que no parece adecuado reivindicar la constante criminalización de conductas como estrategia adecuada en la lucha por la igualdad de derechos de hombre y mujer<sup>120</sup>. También es cierto que la LO 1/2004 no cubre lagunas de punibilidad. Ahora bien, «supone una perspectiva diferente de tratar los delitos. En ella se adopta una posición distinta a la que ahora venía siendo habitual en la lucha contra un determinado modelo de criminalidad. Esta Ley se fundamenta precisamente en el tratamiento desigual de víctimas y delincuentes»<sup>121</sup>. Eso sí, no se nos escapa que resulta mucho más cómodo y sencillo para el Estado agravar algunas figuras delictivas y ampliar el catálogo de delitos recogidos en el Código penal que emprender acciones positivas destinadas a remover los obstáculos que impiden a la mujer ocupar la posición que le corresponde en la sociedad actual. Pero parece que la LO 1/2004 no deja todo

114 Y no cabe alegar que no es admisible que se presuma una mayor vulnerabilidad de la víctima sin que se admita prueba en contrario, como hacen BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN, M. A., «La discriminación positiva», cit., p. 1578, pues tampoco se admite prueba en contrario cuando se trata de menores y nunca se ha cuestionado, precisamente con base en la especial protección que merecen los menores en el marco del Ordenamiento jurídico.

115 Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Resolución de la Asamblea General de la ONU 48/104, de 20 de diciembre de 1993.

116 Más ampliamente sobre este concepto, vid. por todos, MIR PUIG, S., «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *Poder y control* núm. 0, 1986, pp. 49 y ss.

117 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 227-228.

118 En este sentido, cfr. HASSEMER, W., *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 392; o ROXIN, C., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Reus, Madrid, 1981, p. 183; del mismo autor, «Sentido y límites de la pena estatal», en ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 24 ss. Como señala KAUFMANN, Armin, «Die Aufgabe des Strafrechts», en KAUFMANN, Armin, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 275, «la así llamada prevención general es socialización para una actitud de confianza en el Derecho».

119 LARRAURI PUJOÁN, E., «Control formal», cit., p. 101.

120 Cfr. LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación», cit., p. 16, citando a BROWN y VAN SWAANINGEN, y p. 22, donde pone de relieve que un uso abusivo de la vía represiva puede crear recelo en los jueces, «actitud que, en última instancia, no haría más que repercutir negativamente sobre los intereses esenciales de las propias mujeres».

121 ÍÑIGO CORROZA en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario*, cit., p. 16.

al albur del sistema penal, ofreciendo mecanismos de prevención basados en la educación y una protección integral que se extiende a todos los sectores jurídicos. Cuestión distinta es que se haya acertado en la coordinación de los diferentes instrumentos de tutela.

Por tanto, y para concluir, la LO 1/2004 no es la mejor de las posibles, pero sí pone en el candelero un tema fundamental de nuestro tiempo, como es la necesidad de superar la igualdad formal en favor de políticas activas que favorezcan la igualdad de hecho. Y probablemente sólo por ello merezca ya un tímido aplauso<sup>122</sup>.

## V. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ, M., «El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar», en LÓPEZ ARMINIO (coord.), *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz/Ayuntamiento de Jerez, Cádiz, 1999, p. 105.

— *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

— «De la asexualidad de la ley penal a la sexualización de los malos tratos en el ámbito familiar», en HURTADO POZO, J. (ed.), *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Lima, 2001, p. 103.

ASÚA BATARRITA, A., «Las agresiones sexuales en el nuevo Código penal: imágenes culturales y discurso jurídico», en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, p. 45.

— «Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre», en Díez Ripollés, J. L. y otros (eds.), *Las recientes reformas penales. Algunas cuestiones*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 201.

BARQUÍN SANZ, J., *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, Barcelona, 2001.

BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., «Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual», *ADPCP* 1999, p. 403.

BODELÓN GONZÁLEZ, E., «Cuestionamiento de la eficacia del derecho penal en relación a la

protección de los derechos de las mujeres», en AA.VV., *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Bilbao, 1998, p. 183.

— «Género y sistema penal: los derechos de las mujeres en el sistema penal», en BERGALLI, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A., «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)», *La Ley* 2004-5, p. 1574.

— «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código Penal español», en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 143.

GARCÍA ÁLVAREZ, P./CARPIO DELGADO, J. del, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CALVO GARCÍA, M., «El tratamiento de la violencia familiar de género en la administración de justicia», en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 49.

CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar, valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico», *Revista Penal* núm.6, julio 2000, p. 15.

CARBALLO CUERVO, M. A., «Estudio sobre la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en AA.VV., *Violencia Doméstica*, Sepín, Madrid, 1995, p. 11.

CASTELLÓ NICÁS, N., «Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002.

COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La violencia de género: política criminal y ley penal», en AA.VV., *Homenaje al*

<sup>122</sup> Cfr. COMAS D'ARGEMIR I CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J., «La violencia de género», cit., p. 1188, que la saludan como «un avance muy positivo».

Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 1185.

CORCOY BIDASOLO, M., «Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes», en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p. 1229.

CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

CRUZ BLANCA, M. J., «Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, p. 19.

DAVIS, N. J./FAITH, K., «Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación», en LARRAURI PIJOÁN, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994, p. 109.

DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, Colex, Madrid, 2001.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Bosch, Barcelona, 1985.

— «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», en HURTADO POZO, J. (ed.), *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Lima, 2001, p. 51.

FERNÁNDEZ, R., «El derecho penal como instrumento imprescindible para la prevención de la violencia contra las mujeres», en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 189.

FERNÁNDEZ PANTOJA, P., «Los sujetos en el delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, p. 81.

FERRAJOLI, L., «La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza», *Democrazia e diritto* núm.2, 1993.

GARCÍA VITORIA, A., «Tratamiento jurisprudencial actual de la violencia en el ámbito doméstico y familiar», en MORILLAS CUEVA, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, p. 529.

GIMBERNAT ORDEIG, E., «La mujer y el Código penal español», en GIMBERNAT ORDEIG,

E., *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 78.

— «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. Tecnos, Madrid, 1990, p. 287.

GÓMEZ NAVAJAS, J., «La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal», *RdPP* núm.11, 2004, p. 45.

GÓMEZ PARDOS, L./LÓPEZ VALENCIA, E. M., «El fenómeno de la violencia doméstica y su tratamiento legislativo e institucional. Especial referencia a la Comunidad Autónoma aragonesa», en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 17.

HUERTA TOCILDO, S., «Los límites del Derecho penal en la prevención de la violencia doméstica», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y otros (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 507.

JAIME DE PABLO, M. A., «La respuesta de las leyes a la violencia familiar», en OSBORNE, R. (coord.), *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED, Madrid, 2001, p. 105.

LACASTA ZABALZA, J. I., «Género y ambivalencia del Derecho y de su sistema penal», en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, p. 13.

LAMO RUBIO, de, «La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de julio», *AP* 2003, marg.

LARRAURI PIJOÁN, E., «Control formal y el derecho penal de las mujeres», en LARRAURI PIJOÁN, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI, 1994, p. 93.

— «Feminismo y multiculturalismo», en AA.VV., *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 1998, p. 33.

— «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», *RDPyCrim* núm.12, 2003, p. 271.

LAURENZO COPELLO, P., «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», en *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, Bilbao, 1998, p. 241, y en *JpD* núm.34, marzo 1999, p. 16.

— «Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada», *Artículo 14* núm.14, diciembre 2003, p. 4.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado*, Comares, Granada, 2001.

MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., «A propósito de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Regulación de la violencia doméstica», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./SANZ MULAS, N. (coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, p. 81.

MEDINA, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004.

MORILLAS CUEVA, L., «Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma», en MORILLAS CUEVA, L.(coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, p. 659.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D., «Víctimas especialmente vulnerables en el delito de violencia doméstica», en MORILLAS CUEVA, L.(coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Eder-sa, Madrid, 2002, p. 117.

MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

MUÑOZ CONDE, F. (coord.), *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2001.

ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e*

*indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

ORTUBAY FUENTES, M., «Protección penal de la libertad sexual: nuevas perspectivas» en AA.VV., *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer, 1998, p. 261.

POLAINO NAVARRETE, M., «Maltrato a cónyuge o hijos menores», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios a la legislación penal. Tomo V. Volumen 2º*, Edersa, Madrid, 1985, p. 1317.

QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 2ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.

ROBLEDO VILLAR, A., «Los elementos personales de la agresión familiar», en AA.VV., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Tomo I, Madrid, 2000, p. 185.

SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, L., «De la represión penal de la violencia de género y su estimación criminológica», en SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J., *Expresiones de fenomenología criminal y su etiología*, Acpa, Madrid, 2005, p. 15.

SMART, C., «La mujer del discurso jurídico», en LARRAURI PIJOÁN, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo XXI, Madrid, 1994, p. 167.

VALMAÑA OCHAÍTA, S., «El delito de malos tratos», en RODRÍGUEZ YAGÜE, A. C./VALMAÑA OCHAÍTA, S. (coords.), *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 95.

VICENTE MARTÍNEZ, R. de, «Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género», en HURTADO POZO, J. (ed.), *Derecho penal y discriminación de la mujer*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Lima, 2001, p. 83.

VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (Arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.