

LA PARADÓJICA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER AL AMPARO DE LAS DISPOSICIONES PENALES DE LA LEY INTEGRAL

*Dra. Ana María Prieto del Pino
Profesora Asociada a tiempo completo de Derecho Penal
(Universidad de Málaga)*

Sumario

La Ley Integral (LI) constituye un punto de inflexión en el tratamiento jurídico-penal de la violencia contra la mujer, que pasa a contemplarse desde una perspectiva de género.

Desde una óptica feminista, la muy positiva valoración que merece este cambio de perspectiva no es óbice, sin embargo, para poner en tela de juicio la adecuación político-criminal de ciertas decisiones adoptadas, así como el tratamiento técnico-jurídico concreto que se ha dispensado a determinados aspectos de los delitos y faltas sobre los que ha incidido. Paradójicamente, con las miras puestas en el reforzamiento de la protección penal de la mujer, se han sentado algunas bases para:

-Decisiones judiciales que, en lugar de encontrar en la LI un instrumento más contundente con el que castigar la violencia de género, hacen de ella una herramienta idónea para dispensar un tratamiento discriminatorio a la mujer. Así, diversas interpretaciones del art. 153 CP auspiciadas por el art. 1 LI permiten castigar como falta (art. 617 CP) los maltratos que no requieren asistencia facultativa infligidos por varones a sus parejas o ex parejas femininas. En relación con los demás sujetos protegidos por el art. 153, sin embargo, unas bofetadas se castigan como delito y no como falta. Del mismo modo, la ubicación de la agravante de género en el art. 148.4 permite incluso que el varón autor de un delito de lesiones contra una mujer pareja o ex pareja empleando armas u otros instrumentos peligrosos, resulte menos castigado que la mujer autora del mismo comportamiento contra varón.

- Generar efectos criminógenos, es decir, incentivar la comisión de conductas más graves contra la mujer. Dichos efectos se aprecian en diversos aspectos de la regulación de amenazas y coacciones leves, y del quebrantamiento de penas y medidas cautelares.

La ponencia analiza detenidamente estas paradojas y propone soluciones.

Introducción

A finales de diciembre de 2004 vio la luz la esperada y polémica Ley Orgánica 1/2004, De medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, (en adelante “Ley Integral”, “LO 1/2004” o “L.I.”). Como establece su exposición de motivos, atendiendo a las recomendaciones de los organismos internacionales, pretende prevenir, sancionar y erradicar esta clase de violencia y prestar asistencia a sus víctimas. A tal fin *“la violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar”*, proclama dicha exposición. La Ley da cabida, en efecto, a aspectos preventivos y educativos (que se extienden a los ámbitos publicitarios y medios de comunicación, sistema educativo, ámbito sanitario), asistenciales y de atención a las víctimas, y proporciona *“una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley”*.

De conformidad con su art. 1.1, la Ley Integral *“tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*. El apartado 3 del referido art.1 precisa que *“la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”*.

La Ley Integral constituye, por lo tanto, un punto de inflexión en el tratamiento jurídico-penal de la violencia contra la mujer, que deja de considerarse expresión de la violencia doméstica y pasa a contemplarse desde una perspectiva de género, es decir, a ser vista *“como un tipo específico de violencia social vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer- y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales o, lo que es igual, en pautas culturales que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer”* (Laurenzo, 2006).

Las modificaciones producidas, que se concentran en tan sólo 9 artículos del Código Penal¹ y están vigentes desde el 30 de junio de 2005, pueden sintetizarse del siguiente modo:

.....

¹ Aunque, indirectamente, alcanzan a más.



a- A través de la creación de subtipos específicos se agrava la responsabilidad penal del varón que **maltrata de forma ocasional** o **lesiona** a una mujer a la que esté o haya estado ligado sentimentalmente (artículos 153.1 y 148.4º respectivamente), así como de todo aquél que despliegue idénticas conductas sobre una persona especialmente vulnerable con la que convive (artículos 153.1 y 148.5º respectivamente)

b- Se agrava la pena de las **amenazas leves** con armas cuando la víctima es alguno de los sujetos protegidos por el art. 173.2². Se establece un subtipo agravado en el delito de amenazas (art. 171.4) comprensivo de **toda clase de amenazas leves** (también, por lo tanto, las realizadas sin armas) aplicable a los supuestos en los que la víctima es una mujer de la que el autor es pareja o ex pareja, o bien una persona especialmente vulnerable con la que aquél convive.

c- Se establece un subtipo agravado en el delito de **coacciones** (art. 172.2) aplicable a los supuestos en los que la víctima es una mujer de la que el autor es pareja o ex pareja, o bien una persona especialmente vulnerable con la que aquél convive

d- Se introducen **atenuaciones** de la pena aplicables también a los nuevos subtipos agravados en los delitos de malos tratos ocasionales (art. 153.4), amenazas (171.6) y coacciones (art. 172.2 in fine)

e- La **suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad** impuestas por delitos relacionados con la violencia de género pasan a tener un régimen específico orientado hacia la protección de la mujer y hacia el tratamiento psicológico y la reeducación del agresor.

f- Se agrava de forma obligatoria la pena prevista para el delito de **quebrantamiento de condena** (art. 468) en los supuestos concernientes a penas contempladas en el art. 48 del Código Penal (que implican el alejamiento del agresor) o medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguno de los sujetos enumerados en el delito de malos tratos habituales, es decir, en el ámbito de la violencia doméstica.

Desde una óptica feminista, la muy positiva valoración que merece este cambio de perspectiva no es óbice, sin embargo, para poner en tela de

.....
² La LO 11/2003 ya elevó a delito en el art. 153 las amenazas leves con armas en relación con todos los sujetos del art. 173.2. Vid. PRIETO, 2005.



juicio la adecuación político-criminal de ciertas decisiones adoptadas, así como el tratamiento técnico-jurídico concreto que se ha dispensado a determinados aspectos de los delitos y faltas sobre los que ha incidido. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, paradójicamente, el referido tratamiento técnico-jurídico fomenta en algunos casos, y hace viables en otros muchos, interpretaciones jurisprudenciales perversas que redundan en perjuicio de la mujer. En definitiva, el legislador, sin pretenderlo, ha aportado a los jueces ciertos instrumentos idóneos para ahondar, no siempre conscientemente, en la discriminación de la mujer y/o en su desprotección. Examinémoslos.

1. La perversa interpretación del art. 153 CP ex art. 1 de la Ley Integral.

Como se ha indicado con anterioridad, la Ley Integral ha introducido agravaciones específicas en los delitos de lesiones (art. 148.4º) y maltrato ocasional (art. 153.1) aplicables a los supuestos en los que la víctima “fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

En relación con los malos tratos ocasionales el efecto agravatorio derivado de las previsiones de la Ley Integral es bastante modesto, pues consiste en una elevación del límite mínimo de la pena de prisión imponible, que se fija en los 6 meses (antes era de 3 meses), así como del límite máximo (de 3 años pasa a 5 años) de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Téngase en cuenta, además, que en los supuestos en los que se aprecie la atenuación que ha introducido la Ley Integral, el incremento de pena aludido quedará anulado.

La aplicación de la tutela reforzada de la mujer en estos preceptos se enfrenta a un gran enemigo: la negativa a aceptar la violencia de género como categoría autónoma, con origen y rasgos propios y diferenciales que meritan y reclaman un abordaje también propio y diferencial. Es la no aceptación de que existe un problema estructural –más allá de las concretas situaciones individuales- de violencia machista, especialmente manifiesto en las relaciones de pareja, la que subyace en el rechazo y en las reticencias hacia el nuevo régimen de tutela reforzada. Es desde esta óptica desde la que se argumenta 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”,* de manera que *“la norma puede reaccionar*



frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante³. Es también la negación de la violencia de género como categoría y problema estructural la que está en la base de los reproches de inconstitucionalidad que la doctrina penal hace a la tutela reforzada de la mujer en las relaciones de pareja, y la que impide admitir que la misma cuenta con un fundamento material.

Es ese rechazo, asimismo, el que late en la mayoría de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la judicatura⁴, y tampoco está siempre ausente este elemento en la permanente confusión jurisprudencial entre violencia de género y violencia doméstica, causa de llamativos efectos. Uno de ellos es que, paradójicamente, algunos jueces están encontrando en la Ley Integral, en lugar de un instrumento más contundente con el que castigar la violencia de género, una vía -antes inexistente- que les permite volver a castigar como falta los maltratos que no requieren asistencia facultativa infligidos por varones a sus parejas o ex parejas femeninas. En efecto, en algunas sentencias la aplicación de la falta del art. 617 se basa en la ausencia de un elemento subjetivo específico en el autor que se construye a partir de la definición de violencia de género del art. 1 de la Ley⁵. En otros casos se subsumen los hechos en el art. 617 aduciendo que su causa no se encuentra vinculada a la relación de pareja o negando la existencia de una situación de desigualdad⁶. Denominador común de estas interpretaciones jurisprudenciales es la errónea identificación de la (agravación de) violencia de género con la violencia doméstica, favorecida, sin duda,

.....
³ Así el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley Integral pág. 16

⁴ Vid. al respecto LAURENZO, 2006; MAQUEDA, 2006

⁵ Pese a que en el Proyecto de Ley Integral se eliminaron las referencias a la finalidad perseguida por el autor que contenía el Anteproyecto para evitar los problemas de prueba de un elemento subjetivo que -se interpretaba- derivaba del empleo de la violencia "como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres", como rezaba la definición de violencia acogida en el texto del Anteproyecto. Se reconoce expresamente que ese supuesto elemento subjetivo no forma parte de la estructura típica en la Sentencia de la Sección 2ª de la AP de Navarra núm. 40/2006, de 28 de marzo.

⁶ Vid. el desarrollo de esta cuestión en LAURENZO, 2006. Como explica esta autora, los problemas de subsunción típica del art. 153 han de resolverse conforme a la ratio que le es propia, es decir, ha de existir un desequilibrio entre autor y víctima. "Sólo después de superado este primer paso -añade- y si la víctima resulta ser la mujer actual o pasada del agresor, entrará en consideración la agravante de género introducida por la Ley Integral. Una circunstancia que, por fundarse en criterios preventivos basados en la particular exposición al riesgo que toda mujer lleva consigo por su propia condición femenina, ha de aplicarse siempre que sea ella la víctima y su pareja masculina -actual o pasada- el agresor". En sentido crítico, compartiendo los argumentos del CGPJ en contra de la tutela reforzada de la mujer, BOLEA, 2007.

por la ubicación de la primera en el art. 153⁷. La subordinación en el caso concreto de la víctima respecto de su agresor que caracteriza la violencia doméstica tipificada en el art.153, se confunde con el contenido de la agravación introducida por la Ley Integral, que atiende a la violencia contra la mujer *“como fenómeno intergrupala, originado en la posición que ocupan las mujeres como colectivo en la sociedad y no –como parecen entender los primeros intérpretes judiciales de la L.I.- de un asunto puramente individual vinculado a la correlación de fuerzas entre un hombre y una mujer en una pareja concreta”*(Laurenzo, 2006)⁸.

Flaco favor hace a la dispensa de una tutela reforzada a la mujer en relación con los malos tratos ocasionales la inserción de la misma sobre una base tan nefasta como es la establecida por la reforma operada por la Ley 11/2003, que trajo consigo la ya aludida conversión automática de faltas en delitos⁹. El castigo como delito de comportamientos de escasa entidad es contrario al principio de proporcionalidad, pero el camino adecuado para remediarlo no es éste, que –a mi parecer- constituye una vía hacia la discriminación por razón de sexo en contra de la mujer, porque en relación con los demás sujetos protegidos por el art. 153, exista o no una relación de dominio del agresor sobre la víctima, unas bofetadas se castigan como delito y no como falta. Por si ello fuera poco, el análisis de las decisiones de las Audiencias Provinciales revela la existencia de una corriente jurisprudencial, no avalada por el Tribunal Supremo¹⁰, que estima aplicable el art. 153.2 en supuestos en los que autor y víctima no conviven, aduciendo que el precepto no lo exige expresamente, pues hoy día el círculo de los familiares que comparten domicilio suele ser muy restringido. Que en relación con los sujetos abarcados por el art. 153.2 exista ese afán por ampliar el radio de acción del precepto e impere el automatismo en su aplicación,

.....
⁷ Creo que ilustra mi afirmación la Sentencia de la Audiencia provincial de Girona núm. 1103/2005 (Sección 3ª), de 14 de diciembre (JUR 2006/56497), en la que el contenido del art.153 se integra directamente con el de la agravación de género aduciendo que tras la reforma de 2003 no hay que exigir subordinación entre agresor y víctima, dado que la misma no puede inferirse a la vista de un solo acto.

⁸ Claro ejemplo de esta confusión, si bien subsumiendo los hechos en el art 153.4 en atención a su escasa entidad es la sentencia de la AP de Navarra citada supra.

⁹ La crítica más demoledora hacia la reforma, dirigida también al proyecto de Ley Integral, es la de GIMBERNAT, 2004. El autor considera que se trata de manifestaciones del denostado “Derecho penal de autor”, porque al sujeto activo “se le castiga no por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer”

¹⁰ Vid. STS 201/2007, de 16 de marzo (RJ 2007\1545), cuyo ponente es el Ilmo Sr. D. Perfecto Andrés. Sigue esta misma línea, exigiendo –correctamente- convivencia de sujeto activo y pasivo la SAP de Madrid (sec. 15ª) núm. 435\2007, de 23 de octubre (JUR 2008\57904)



mientras que respecto a la mujer maltratada por su pareja masculina la tendencia sea la contraria, es ya algo, sin duda, “llamativo” y muy cuestionable desde una perspectiva puramente técnico-jurídica. Que se utilice nada más y nada menos que la Ley Integral como instrumento para ahondar en la discriminación de la mujer, resulta, sin paliativos, inaceptable.

2. La paradoja del subtipo agravado de lesiones del art. 148.4 CP

La Ley Integral dispensa tutela reforzada a la mujer pareja o expareja de su victimario en el ámbito de las lesiones a través del art. 148 CP, precepto en el que ha incluido un número 4º que agrava la pena del tipo básico del art. 147.1 “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”. La ubicación dada por el legislador a esta agravante de género constituye, a mi parecer, como trataré de argumentar a continuación un gran error.

1. El art. 148 es, desde su creación en 1995, un tipo agravado de oscura y ambivalente redacción. Conforme a su tenor literal, si concurre alguna de las 5 circunstancias en él contempladas, “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” (cursiva añadida). La forma verbal escogida por el legislador de 1995 ha generado una fuerte corriente jurisprudencial, avalada por el Tribunal Supremo¹¹, que estima que las agravaciones que contiene el precepto son de apreciación facultativa, “de manera que las circunstancias de cualificación que que el art. 148 CP establece no aumentan automáticamente la pena del tipo básico, sino que ello será así atendiendo al resultado causado o al riesgo producido y en la medida en que el Juez o Tribunal sentenciador las considere determinantes de una mayor gravedad de la lesión”¹². Asimismo, el propio Tribunal Supremo duda de si “el resultado causado o riesgo producido puede entenderse directamente referido a la conducta descrita en el tipo básico o bien servir de criterio para medir la extensión de la pena

.....
¹¹ STS de 7 de marzo de 2001 (RJ 2001/ 3210); STS de 17 de diciembre de 2003 (RJ 2003/ 9335)

¹² Así AP de Madrid (Sección 27ª) en Sentencia núm. 989/2008 de 25 de septiembre (JUR\2008\381412), F.J. 3º, dando la razón a este respecto al Juzgado de lo Penal núm. 18 de Madrid. En el mismo sentido, AP de Almería (Sección 3ª) en Sentencia núm. 128\2008 de 16 de abril (JUR\2008\216003), F.J. 1º; AP de Castellón (Sección 2ª) en Sentencia núm. 94\2005 de 29 de marzo (JUR\2005\132675); AP de Barcelona (Sección 2ª) en Sentencia núm. 783/1999 de 20 de julio (ARP\1999\2366)

de dos a cinco años establecida en el propio precepto¹³. Sobre esta base, la agravante de género está siendo considerada en numerosas sentencias como circunstancia de apreciación facultativa, y se está negando su concurrencia en el caso concreto por estimarse que el resultado producido y/o el riesgo generado con la agresión, conforme al principio de proporcionalidad, no permiten fundamentar la imposición de una pena de dos años como mínimo de prisión. Ciertamente es que esta postura convive con otra de signo contrario, con arreglo a la cual, la agravante de género del art. 148.4º es, para la judicatura, de apreciación automática si, concurriendo el tipo básico de lesiones, la víctima es mujer pareja o expareja de su agresor¹⁴. Pero no es menos cierto que, como respaldan estudios empíricos, la certeza en la aplicación de una pena despliega un mayor efecto disuasorio que su quantum y, por lo tanto, el grado de certeza de ver agravada su pena que puede tener el hombre que lesiona a su pareja o expareja femenina es escaso.

2. El art. 148 CP está configurado como tipo cualificado alternativo, de manera que la apreciación de una sola de las circunstancias da lugar a la imposición de una pena cuyo marco abstracto es de 2 a 5 años de prisión. Puesto que la apreciación conjunta de varias circunstancias del art. 148 en una lesión del tipo básico carece de efectos hiperaggravatorios, en tal caso el juzgador tiene 3 opciones:

- a) imponer la pena basándose en una de ellas desechando las demás;
- b) hacer que esa concurrencia se refleje en la modulación de la pena a imponer dentro del marco penal abstracto de 2 a 5 años¹⁵;
- c) Subsumir una de las circunstancias en el art. 148 y reconducir la/s restantes, cuando sea posible, al art. 22 CP, es decir, apreciarla/s como agravante genérica.

¹³ STS de 17 de diciembre de 2003 (RJ 2003/ 9335)

¹⁴ Juzgado de lo Penal núm. 10 de Barcelona en Sentencia de 9 de agosto de 2006, AP de Jaén (Sección 3ª) en Sentencia núm. 30/2007 de 13 de febrero (JUR\2007\254583); AP de Madrid (Sección 27ª) en Sentencia núm. 870/2007 de 29 de octubre (JUR\2008\21105); AP de Tarragona (Sección 4ª) en Sentencia núm. 153/2008 de 14 de abril (JUR\2008\179801); AP de Navarra (Sección 2ª) en Sentencia núm. 20\2007 de 13 de febrero (ARP\2007\529); AP de Alicante (Sección 1ª) en Sentencia núm. 589/2006 de 27 de septiembre (JUR\2007\15994); AP de Las Palmas (Sección 2ª) en Sentencia núm. 29/2008 de 7 de marzo (JUR\2008\164942).

¹⁵ Así STS 113/ 2008 de 31 de enero; AP de Madrid (Sección 27ª) en sentencia núm. 989/2008 de 25 de septiembre (JUR\2008\381412).

Sentado lo anterior, paradójicamente, y en contra de lo que en principio cabría esperar, si los jueces aprecian de forma automática la agravante de género y concurren en el caso otras circunstancias del art. 148, la aplicación de la agravante de parentesco da lugar a que el hombre agresor pueda resultar igual e incluso menos castigado que la mujer agresora de su pareja o expareja. Así, si un varón causa lesiones con un cuchillo de grandes dimensiones a su pareja o expareja femenina que requieran para su curación tratamiento médico o quirúrgico art. 148.1º y 4º, la pena imponible podrá ser de 2 a 3,5 años de prisión (opciones a y b); mientras que si es la mujer la agresora, la agravante de parentesco (incompatible con el art. 148.4º), dará lugar a que su pena sea, como mínimo, de 3,5 años.

Por las razones expuestas, si se desea que la agravante de género del art. 148 no despliegue en algunos casos, precisamente los más graves, los efectos exactamente contrarios a aquéllos para los que fue concebida, debe ser urgentemente desgajada del art. 148 CP y configurada como agravante autónoma.

3.El paradójico y perverso efecto del castigo de las amenazas y coacciones leves como delito.

La ya aludida transformación de las faltas de amenazas y coacciones leves en delitos llevada a cabo por la Ley Integral tiene su precedente inmediato en la LO 11/2003. Téngase en cuenta que, como he indicado con anterioridad, la reforma de 2003, con el respaldo del CGPJ -conviene reiterar este extremo-, convirtió en delitos conductas antes castigadas como falta, una de las cuales fue, precisamente, la que consiste en amenazar de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos. El aspecto realmente novedoso que introduce la Ley Integral no es, pues, la conversión automática de faltas en delitos, sino que esa transformación se enderece hacia la protección penal reforzada de la mujer cuando el autor de la infracción es su pareja o ex pareja masculina.

Al igual que en el caso de las faltas de malos tratos y lesiones, el castigo como delitos de comportamientos que, en atención a su escasa gravedad sólo alcanzan materialmente el nivel de la falta, persigue eludir los efectos de una mala praxis jurisprudencial, que tradicionalmente ha considerado las relaciones sentimentales y el ámbito doméstico como factores que restan trascendencia a amenazas y coacciones que, de producirse en contextos intersubjetivos de otra índole, habrían de calificarse como graves y,

por tanto, ser castigadas como delitos. Tal es el caso de las amenazas de muerte¹⁶.

Ahora bien, aun cuando el fin perseguido sea loable, la transformación automática de faltas en delitos por la que ha optado la Ley Integral es un medio inadecuado. Porque cuando las amenazas y las coacciones sean realmente leves, su castigo como delito en lugar de como faltas, además de ser erróneo desde una perspectiva puramente dogmática, resulta contraproducente a la luz de criterios político-criminales, dado que *“la sanción desproporcionada de hechos de escasa significación, se convierte en una medida ejemplarizante que acaba por presentar al varón como receptor de una sanción injusta y, en esa medida, como “víctima” de un sistema represor extremo*¹⁷.

Son sobradamente conocidos los efectos negativos que despliegan a corto, medio y largo plazo sobre el sistema penal en su conjunto tanto los sacrificios de principios penales básicos (como el de proporcionalidad¹⁸) en aras del logro de fines puramente retributivos, como el abuso de su función simbólica. También estamos sobre aviso de la contradicción de los ideales feministas que implican los referidos sacrificios y abusos¹⁹.

De la misma manera, creo que cuando las amenazas y las coacciones no sean realmente de carácter leve, es decir, en aquellos supuestos en los que la calificación de “leve” no se apoya en un análisis objetivo de los hechos y viene determinada exclusiva y equivocadamente por el contexto doméstico en el que se producen y/o por la relación sentimental que media o medió entre autor y víctima, su castigo a través de los artículos 171.4 y 172 también resulta contraproducente. Adviértase que con ello se respalda el incorrecto proceder de la judicatura. Porque se está poniendo en sus manos el instrumento idóneo para poder seguir dispensando un tratamiento jurídico equivocado a amenazas y coacciones que, de producirse en otros ámbitos, serían castigadas con mucha mayor severidad a través de los artículos 169 y siguientes, y eludir al mismo tiempo el reproche técnico-jurídico y social que merece su sanción como meras faltas. En otras palabras: considero que en este punto la Ley Integral administra una medicina

¹⁶ Como señala GIL RUIZ, 2004 en referencia a un estudio de la Asociación de Mujeres juristas Themis de 1999, el 30% de las denuncias tramitadas como falta por los jueces de instrucción se refieren a amenazas de muerte

¹⁷ LAURENZO, 2005

¹⁸ El Tribunal Constitucional en Auto de 13 de septiembre de 2005 (núm.332/2005) considera ajustado al principio de proporcionalidad el art. 153, dado que la imposición de la pena privativa de libertad no es obligatoria.

¹⁹ Advierte de ellos LAURENZO, 2005



que ayuda a paliar los síntomas y encubre con ello la enfermedad que los genera²⁰. Valgan como ejemplos la Sentencia de 29 de mayo de 2007 de la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2007/ 187009), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 11 de julio de 2006 (ARP\2007\348), o la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006 (RJ 2006/3339). En esta última la conducta del agresor consistente en *increpar a la mujer, dándole fuertes gritos y empezando a romper objetos del hogar diciéndole “no te voy a dejar marcas para que no me denuncies, pero hoy ten por seguro que te mato”, a la vez que le exhibía con actitud intimidatoria un cristal de la mesa que previamente había fracturado*, se califica como amenaza leve con instrumento peligroso²¹.

Por otra parte, debe tenerse presente que la solución ofrecida por la Ley Integral no conjura todos los riesgos derivados de esa nefasta tendencia jurisprudencial a la que se ha aludido. Y es que las atenuaciones introducidas en los artículos 171 y 172, que permiten rebajar la pena en un grado, pueden ser utilizadas abusivamente como instrumentos al servicio de la trivialización de las amenazas y coacciones en la pareja, con lo que el supuesto incremento de tutela penal sería puramente simbólico.

Sentado lo anterior, sólo un cambio en el tratamiento jurisprudencial de estos comportamientos, que permita una correcta calificación conforme con su entidad objetiva y su correspondiente subsunción en los artículos 169 y siguientes²² -con aplicación de la agravante de parentesco²³- cuando se trate de conductas graves, puede proporcionar una respuesta satisfactoria al problema objeto de estas líneas. Y como acertadamente se ha señalado (Laurenzo 2006), la propia Ley Integral en su art. 47 hace referencia al mecanismo a través del cual puede coadyuarse a operar ese necesario giro: la formación específica sobre violencia de género que deben asegurar en el ámbito de sus respectivas competencias el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas a los aplicadores del Derecho. Da en la diana A. RUBIO (Rubio, 2004) cuando dice que “los problemas que presenta la ineficacia del derecho para hacer frente a la violencia contra las mujeres tienen su origen en causas estructurales y valorativas, no en cuestiones técnicas, aunque estas últimas deban también tomarse en consideración”.

.....
²⁰ PRIETO, 2008

²¹ Vid., asimismo, las sentencias a las que se refiere LAURENZO, 2006.

²² Como acertadamente se hace en la STS de 12 de junio de 2000. Vid. respecto a la misma GIL RUIZ, 2004.

²³ Vid. sobre la nueva formulación de esta agravante tras su reforma en 2003 PRIETO, 2007

Cuestión técnica es, precisamente, otro aspecto de la regulación de las amenazas que me parece cuestionable. El contenido del apartado 4 del art. 171 tiene su origen en el art. 620, en el que en relación con las amenazas se castigan como falta desde la entrada en vigor del actual Código penal dos comportamientos: a) amenazar de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos, o sacarlos en riña, como no sea en justa defensa; b) realizar una amenaza de carácter leve. La LO 11/2003, al transformar en delito sólo las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en relación con los sujetos pasivos del art. 173.2, estableció para ellos dos niveles de protección, de manera que la amenaza leve sin armas siguió castigándose como falta, si bien agravada. A partir de ahí la reforma operada por la Ley Integral ha consistido –además de en la introducción de la posibilidad de atenuar la pena en un grado (art. 171.6)- en establecer una tutela penal reforzada para la mujer (y la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor) que abarca desde ahora también las amenazas leves sin armas. Desde mi punto de vista, aunque esta modificación pretende incrementar la protección de la mujer víctima de la violencia del varón que es o fue su pareja, dispensándole la misma tutela –castigando siempre como delito- tanto en los casos en los que éste la amenaza valiéndose de armas u otros instrumentos peligrosos como en los que no utiliza tales medios, puede generar un perverso efecto criminógeno del que el legislador no ha sido consciente. Adviértase que la mujer (y también la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor), a diferencia de los restantes sujetos pasivos del art. 173.2, carece de una previsión agravatoria específica en materia de amenazas leves con armas, es decir, cualquier amenaza leve, se produzca o no con armas u otros instrumentos peligrosos, se castiga con prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días. Podría incentivarse con ello el empleo de medios que refuerzan la intimidación ejercida, efecto no deseado que sólo podría paliarse graduando la dureza de la respuesta punitiva dentro del marco penal abstracto en función de que se haya hecho uso o no de tales medios.

4. El castigo del quebrantamiento

La Ley Integral ha prestado particular atención al quebrantamiento de las penas del art. 48 o de las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza en diversos preceptos. Por una parte, los artículos 153.3, 171.5 y 172.2 recogen como agravante de obligada apreciación dicho quebrantamiento, previendo a tal fin la imposición de las penas inicialmente aplicables (es decir, prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la



comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años, así como, cuando el juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años) en su mitad superior. Por otra parte, el artículo 468 del Código Penal español, modificado por la Ley Integral, castiga en su párrafo 1º a los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia con la pena de prisión de 6 meses a 1 año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de 12 a 24 meses en los demás casos. Ahora bien, pese a que el reo no esté privado de libertad, no cabe la posibilidad de que sea sancionado con multa en los supuestos de violencia de género, toda vez que el párrafo 2º prevé la imposición obligatoria (“se impondrá en todo caso...”) de la pena de prisión de 6 meses a 1 año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal 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 art. 173.2.

La Ley Integral ha llegado, por lo tanto, más lejos que la LO 15/2003, que preveía la posibilidad de castigar con pena de prisión los supuestos de vulneración de alguna de las prohibiciones a las que se refiere el art. 57.2 (que implican el alejamiento del agresor).

El rigor punitivo que parece destilar esta batería de sanciones resulta, sin embargo, más aparente y simbólico que real. Por una parte, el principio *ne bis in idem* impide que el agresor sea sancionado conjuntamente por delito de quebrantamiento de condena y por el subtipo agravado correspondiente. Así, si un sujeto que está cumpliendo pena de prisión aprovecha un permiso carcelario para agredir a su ex pareja, amenazarla o coaccionarla de modo leve, se produce un concurso de leyes entre el correspondiente subtipo agravado de malos tratos, amenazas o coacciones y el delito de quebrantamiento del art. 468, que en virtud del principio de alternatividad debe resolverse a favor del subtipo agravado porque castiga más gravemente, dando lugar a la imposición de una pena de prisión de 9 meses a 1 año. Dicha pena coincide con la que, de no existir la agravación aludida, se impondría por cometer un delito de quebrantamiento con la finalidad de agredir a la ex pareja (concurso medial o ideal impropio de delitos).

Por otra parte, si un sujeto condenado por violencia de género se limita a quebrantar la pena de prohibición de aproximación o comunicación, sin agredir ni coaccionar ni amenazar, se le castigará con la pena correspon-

diente al delito de quebrantamiento de condena, es decir, con una pena de prisión de 6 meses a 1 año, de forma que el máximo de pena imponible es el mismo que si no se produce una agresión, amenaza o coacción. El mensaje –criminógeno– que recibe por tanto el potencial agresor es: una vez quebrantada la pena del art. 48, conviene agredir, amenazar o coaccionar. Máxime si se tiene en cuenta que, como se ha indicado ya, la Ley Integral ha introducido en el referido subtipo agravado, al igual que en otros preceptos relativos a la violencia de género en los que la pena imponible es –por cierto– idéntica, la rebaja en un grado de la pena prevista “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho”, posibilidad que, por el contrario, no cabe en el delito de quebrantamiento de condena.

Sentado lo anterior, creo que si lo que se pretende es dar una respuesta penal más contundente al quebrantamiento de penas accesorias y medidas, deberían suprimirse las agravaciones específicas relativas al quebrantamiento de condena en los delitos de violencia de género y establecer un subtipo agravado más severo que el actual en el delito de quebrantamiento aplicable a esta clase de delitos. Ahora bien, la cuestión es si ese incremento en el rigor punitivo al que acabo de aludir resulta o no adecuado o deseable.

El argumento decisivo a favor del endurecimiento de la sanción es la necesidad de potenciar su efecto disuasorio respecto de potenciales agresiones. Sin embargo, en lo que respecta a la eficacia preventiva, la realidad, desgraciadamente, avala la tesis de que la pena aplicable al quebrantamiento de una pena o medida de alejamiento no va a disuadir a quien está dispuesto a asumir un castigo mayor por matar o agredir gravemente a su pareja o ex pareja. La relevancia del castigo se reduce, por tanto, de entrada, al ámbito de agresiones, amenazas y coacciones de escasa entidad.

Especial atención merecen las voces que, precisamente desde una perspectiva de género, esgrimen sólidos argumentos en contra de la uniformidad con la que la Ley trata todos los casos de quebrantamiento con independencia de su gravedad, así como de la no consideración de la voluntad de la mujer²⁴. En relación con este último aspecto no puede preterirse el problema que plantean los quebrantamientos consentidos o inducidos por la mujer víctima de violencia de género (del que ya advierte Larrauri, 2005). La estricta aplicación del Derecho Penal en este tipo de quebranta-

.....
²⁴ LARRAURI, 2005; MAQUEDA 2006, b.



mientos, frecuentes en la práctica, traería consigo la incriminación como cooperadora necesaria (cómplice principal) o inductora de la mujer que accede o insta (logrando su propósito) a su pareja o ex pareja, sobre la que pesa una pena o medida cautelar de alejamiento, a un reencuentro ocasional o incluso a la reanudación la convivencia. Afortunadamente, la Fiscalía española ha adoptado la decisión de no procesar en ningún caso a la mujer (Fiscalía de la Audiencia Provincial de Málaga. Sección de violencia sobre la mujer, 2006), pero lo cierto es que la decisión de signo contrario se ajustaría a lo prescrito en la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

-BOLEA BARDÓN, C 2007.: En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 09-02

-CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL 2004 : Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer (21 de junio)

-FISCALÍA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER 2006: Memoria de la actividad de la Sección de Violencia sobre la Mujer del año 2006.

-GIL RUIZ, J. M. 2004: Análisis teórico, legislativo y jurisprudencial de la violencia de género en el nuevo marco penal, en RUBIO, Ana (coordinadora): Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores Jurídicos, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.

-GIMBERNAT ORDEIG, E 2004: Prólogo a la 10ª edición del Código Penal, Tecnos, Madrid

-LARRAURI PIJOAN, E. 2004: ¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?, en Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid

-2005: ¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?, en Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Bilbao

-LAURENZO COPELLO, P. 2003: Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada, en Artículo 14, nº 14 (diciembre de 2003)



-2005: La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 07-08 (2005)

-2006: Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la violencia de género, en La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2006, págs. 335-367

-MAQUEDA ABREU, M. L 2006 a: La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología nº 8-02.

-2006 b: La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004, en Revista Penal, nº 18

-PRIETO DEL PINO, A M 2005: Comentario a la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2004: La correcta inclusión de las relaciones de noviazgo sin convivencia en el ámbito típico de los delitos de violencia doméstica

-2007: Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 (STS 216/2007) , en Artículo 14 nº 24

-2008: La incidencia de la Ley Integral en el Derecho Penal sustantivo español, en Aponte Sánchez/Femenías (compiladoras): Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres, Edulp, Argentina.

-RUBIO, A.2004: Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la Violencia contra las Mujeres: un conflicto de valores, en RUBIO, Ana (coordinadora): Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores Jurídicos, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.

