

VIOLENCIA DE GÉNERO Y DERECHO PENAL
DE EXCEPCIÓN: ENTRE EL DISCURSO
DE LA RESISTENCIA Y EL VICTIMISMO PUNITIVO

Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Málaga

VIOLENCIA DE GÉNERO Y DERECHO PENAL
DE EXCEPCIÓN: ENTRE EL DISCURSO
DE LA RESISTENCIA Y EL VICTIMISMO PUNITIVO *

SUMARIO: I. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE. II. LAS ÁREAS DE LA EXPANSIÓN PENAL: VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO. III. LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: UN EJEMPLO DE DERECHO PENAL EXPANSIVO. IV. LA REGULACIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ¿DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN O PROTECCIÓN DE INTERESES LEGÍTIMOS? 1. Los puntos de partida: el concepto de género como base del debate. 2. Valoraciones encontradas de las nuevas agravantes de género introducidas por la Ley Integral. 3. La interacción de otros factores de riesgo. 4. Los costes de la vía represiva. V. A MODO DE CONCLUSIÓN.— BIBLIOGRAFÍA.

* Trabajo realizado en el contexto del Proyecto de Investigación SEJ 2005-06416/JURI.

I. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género constituye –por ahora– el último peldaño de la escalada punitivista que se inició hace algunos años con el fin de contener el grave problema social que representa la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja (1).

Cuando en 1986 la Comisión de Derechos Humanos del Senado tomó la decisión de crear la Ponencia de Investigación de Malos Tratos a las Mujeres (2), esta clase de violencia aparecía aún para la mayoría de la sociedad española como un asunto privado que debía resolverse dentro de la intimidad del hogar. Hizo falta más de una década para que un acontecimiento mediático cambiara el rumbo de las cosas: en diciembre de 1997 una mujer que pocos días antes había contado su historia de malos tratos en un programa de televisión de máxima audiencia fue quemada viva por su marido (3). El lugar destacado que a partir de ese momento ocupó la violencia hacia las mujeres en los medios de comunicación desembocó, con el tiempo, en un cambio de perspectiva en la opinión pública (4) que acabó por situar el tema en la agenda de los partidos políticos y de las instituciones gubernamentales (5). Los aires punitivistas que por entonces comenzaban a imponerse en la vida pública española y la presión de un sector del feminismo arrastrado por la idea generalizada según la cual sólo

(1) El primer delito de violencia habitual en el ámbito doméstico se introdujo en la legislación penal española en el año 1989. Véase al respecto, LAURENZO COPELLO (2004), 827. Sobre la primera fase de la evolución legislativa en esta materia, ACALE SÁNCHEZ (1999), 33 ss.

(2) El trabajo de la Ponencia concluyó con un atinado informe en el que por primera vez se reconoció la raíz cultural del maltrato hacia las mujeres. Ampliamente al respecto MEDINA, (2002) 32 ss.

(3) La víctima se llamaba Ana Orantes.

(4) BENÍTEZ / RECHEA (2003) 1.

(5) Sobre el papel de los medios de comunicación en la fijación de prioridades en los lineamientos de Política Criminal, SOTO NAVARRO, (2005) 79-80.

lo prohibido por el Derecho penal es socialmente reprobable hicieron el resto: desde entonces no dejó de crecer el grupo de delitos destinados a contener los malos tratos en la pareja y ha sido constante el proceso de endurecimiento de las penas asociadas a esa clase de conductas.

Ciertamente, la Ley Integral de 2004 representó un cambio significativo en ese rumbo puramente represor. Así se infiere del amplio catálogo de medidas extra-penales destinadas a reforzar la autonomía de las mujeres afectadas por la violencia de género y a favorecer un cambio en los valores sociales que sustentan y perpetúan este tipo de agresiones (6). Pero pese a ello, la nueva Ley no consiguió escapar a la fascinación por el Derecho penal que hoy invade a toda la sociedad y una vez más sucumbió a la tentación de profundizar en la vía represiva. En esta ocasión para plasmar en la legislación positiva española una de las decisiones político-criminales más controvertidas de los últimos tiempos. Me refiero a la creación de un grupo de agravantes específicas destinadas a proteger de modo exclusivo a las mujeres frente a las agresiones provenientes de su pareja actual o pasada. A consecuencia de ello, desde el año 2004 el Código Penal español amenaza con penas más severas a los autores de los delitos de lesiones (art. 148.4.º CP), maltrato doméstico ocasional (art. 153 CP) y amena-

(6) Entre las principales medidas no penales de la LO 1/2004 cabe destacar, por una parte, estrategias a *largo plazo* destinadas a transmitir al conjunto de la sociedad “nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres” (art. 3) –actuaciones en el orden educativo, control de la publicidad sexista, formación de jueces y fiscales–; por otro lado, un conjunto de medidas de *realización inmediata*, encaminadas a fomentar la autonomía de la mujer maltratada para facilitar su reinserción en la vida social –movilidad geográfica y flexibilidad de horarios en el ámbito laboral, programas específicos de empleo, subsidios y otras ayudas económicas, prioridad en el acceso a viviendas protegidas–; por último, una serie de medidas de *prevención y control de riesgos* destinadas a reducir la inseguridad y desamparo de las mujeres maltratadas –protocolos para la detección precoz de la violencia en el ámbito sanitario, derecho a la asistencia integral de las víctimas, asistencia jurídica gratuita y unificada, etc.

zas o coacciones leves (arts. 171.4 y 172.2 CP), “cuando la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”.

Aunque esta innovación legislativa se produjo en un momento de especial sensibilidad social hacia el problema de los malos tratos, lo cierto es que muchos de los encargados de interpretar y aplicar la ley penal desde el principio observaron con fuerte recelo esta medida que, en su opinión, representaba un incomprensible privilegio para las mujeres en relación a las víctimas masculinas de los mismos delitos. Una postura que en cuanto comenzó a fraguarse en forma de cuestiones de inconstitucionalidad, crispados informes jurídicos, trabajos doctrinales profundamente críticos o artículos periodísticos cargados de reproches (7), despertó la indignación del sector del feminismo que había impulsado y contribuido a dar forma a la Ley Integral.

A partir de ahí la polémica no ha dejado de crecer y, lejos de centrarse en la valoración de la nueva normativa en términos de eficacia o utilidad, ha trascendido sobradamente el ámbito técnico-jurídico para internarse en el siempre complejo mundo de las ideologías. No faltan reproches a la “ideología feminista” como una variedad de fundamentalismo empeñada en imponer ciertos principios morales no compartidos por la mayoría (8), ni la res-

(7) El debate se ha extendido al seno del propio movimiento feminista. Resulta ilustrativo el artículo “Un feminismo que también existe”, publicado en el Diario El País del 18 de marzo de 2006 y firmado por más de 200 mujeres que reivindican otras alternativas para la defensa de los derechos de las mujeres, mostrándose muy críticas con la Ley Integral por no compartir, entre otras cosas, su aceptación implícita de “la filosofía del castigo”. En todo caso, una lectura atenta del manifiesto permite descubrir que el disenso es mucho más profundo, ya que las firmantes no se limitan a discutir los métodos con los que se pretende contener la violencia de género, sino que llegan a poner en duda la explicación última de este tipo de violencia como manifestación de las relaciones de poder y dominación de los hombres sobre las mujeres propia de la sociedad patriarcal.

(8) GIMBERNAT (2004).

puesta encendida de algunas asociaciones de mujeres que valoran las críticas a la Ley Integral como el producto de “una tenaz resistencia por impedir un cambio auténtico que permita alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres” (9).

En suma, los cambios al Código penal que introdujo la LO 1/2004 –escasos en términos cuantitativos– han suscitado uno de los debates más crispados de los últimos años en el ámbito jurídico-penal, fluctuando entre sus grandes detractores –que no dudan en identificar al nuevo modelo con el siempre temible Derecho penal de autor (10)– y sus rígidas defensoras, que descalifican cualquier postura crítica como parte de un boicot malintencionado decidido a hacer fracasar la conquista de las mujeres por dar una respuesta jurídica adecuada a la violencia de género (11).

Como era de esperar, tan encendida pugna se ha plasmado en un número inabarcable de publicaciones académicas así como en una abundante jurisprudencia que refleja en sus pronunciamientos contradictorios la falta de consenso sobre los presupuestos normativos en los que se basa la legislación vigente. Tal avalancha de materiales convierte en imposible cualquier intento de reproducir los argumentos de unos y otros de forma detenida. Sin embargo, y con todas las precauciones que exige cualquier esfuerzo de síntesis, da la impresión de que la raíz de la disputa puede reconducirse a dos grandes asuntos: (1) el reconocimiento o no de la violencia de género como una manifestación de la discriminación

(9) COMUNICADO DE PRENSA: EN DEFENSA DE LA LEY INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2006). Este comunicado, de 5 de septiembre de 2006, lleva la firma de once importantes asociaciones de mujeres de toda España. Puede consultarse en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/>

(10) GIMBERNAT (2004); CGPJ (2004); DEL ROSAL BLASO (2005) 328; GONZÁLEZ RUS (2005) 498.

(11) EL COMUNICADO DE PRENSA EN DEFENSA DE LA LEY INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2006) denuncia los “descarados ataques encaminados a producir el descrédito de la Ley Integral contra lo violencia de género, en un claro propósito de impedir su efectividad para promover más tarde su posterior derogación”.

estructural que sufren las mujeres en el contexto de la sociedad patriarcal y (2) la aceptación o el rechazo de la legitimidad del Derecho penal como instrumento único o preferente para resolver cuantos problemas importantes ha de enfrentar la sociedad de nuestros días, también el relativo a la violencia de género.

Así las cosas y teniendo en cuenta que, como bien ha dicho GIMBERNAT (12), los debates sobre temas jurídicos no se resuelven con exabruptos ni descalificaciones personales sino con argumentos racionalmente sostenibles, dedicaré las reflexiones que siguen a profundizar en la polémica desde una perspectiva que pretende tomar distancia de las posturas extremas para ofrecer una visión alternativa centrada en los postulados feministas y en una concepción profundamente crítica respecto al actual proceso expansivo del Derecho penal.

II. LAS ÁREAS DE LA EXPANSIÓN PENAL: VIOLENCIA DOMÉSTICA Y VIOLENCIA DE GÉNERO

En 1993 la ONU definió la violencia contra las mujeres como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer” (13), abarcando así un amplio espectro de agresiones que, más allá del maltrato familiar, alcanzan a muchos otros ámbitos de la vida social de las mujeres –violación, acoso sexual en el trabajo, trata, prostitución forzada, etc.–.

Pese a este claro referente internacional y a los múltiples estudios que apuntan en esa línea generalizadora (14), en la realidad contemporánea española la violencia de género se asocia de modo casi exclusivo a los malos tratos en la pareja, hasta el punto de que la propia Ley Integral circunscribe su ámbito de apli-

(12) GIMBERNAT (2005).

(13) Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993).

cación a las agresiones que sufren las mujeres a manos de “quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad” (art. 1 L.I.) (15).

Ese enfoque reduccionista (16) –explicable tal vez por tratarse del ámbito de mayor frecuencia comisiva (17)– ha favorecido la utilización indistinta por parte de los operadores jurídicos de los términos violencia doméstica y de género, como si de sinónimos se tratara. Una identificación nada afortunada si se atiende a las causas y a los protagonistas de una y otra forma de maltrato (18). Mientras la violencia doméstica encuentra su explicación en las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar y puede afectar tanto a hombres como a mujeres; la violencia de género hunde sus raíces en la discriminación estructural del sexo femenino propia de la sociedad patriarcal y por eso sus víctimas siempre son las mujeres (19). Ciertamente es que una y

(14) OSBORNE (2005) 9-15.

(15) Una limitación que puede encontrar una explicación plausible no sólo en el hecho de que la pareja representa un ámbito de riesgo particularmente intenso para el ejercicio de la violencia de género –MAQUEDA ABREU (2006b) 125–, sino también en la elevada frecuencia comitiva de este tipo de agresiones en la sociedad española.

(16) Se refiere al olvido de otras mujeres que también son blanco de la violencia de género en el contexto familiar, en particular, hijas, hermanas y madres, LARRAURI (2007) 50.

(17) Según datos de un estudio de 2006, “del total de muertes por violencia doméstica y de género el 79,1% tienen lugar en el ámbito de la relación de pareja” y el 84,6% de las víctimas son mujeres. *Informe sobre muertes violentas en el ámbito de violencia doméstica y de género en el ámbito de la pareja y ex pareja en el año 2006*. Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es). Más datos en CERESO DOMÍNGUEZ (2006) 320-324.

(18) Sobre el efecto perverso de esta confusión de etiquetas, MAQUEDA ABREU (2006a) 6.

(19) Lo que no significa que los *efectos* de la violencia de género no puedan alcanzar también a personas del sexo masculino, como de hecho sucede con los hijos de un maltratador en el ámbito de la pareja.

otra forma de violencia están íntimamente ligadas entre sí y se entrecruzan con frecuencia (20), porque la relación de pareja es un ámbito particularmente propenso para el desarrollo de los roles de género culturalmente aprendidos (21) y la privacidad del hogar facilita los abusos. Pero la razón última que las explica es distinta. Y cuando se trata de evaluar la legitimidad y necesidad de la intervención del Derecho penal ese dato no puede pasar desapercibido.

La ausencia de criterios rectores claros a la hora de elaborar la política criminal en material de agresiones contra las mujeres ha propiciado que, con los años, y fruto de la sucesión irreflexiva de reformas (22), la legislación penal española contenga un conglomerado de normas en el que se yuxtaponen fundamentos diversos para justificar la intervención punitiva. Así, en el Código penal actual conviven los delitos de maltrato familiar de los artículos 153 y 173.2 –claramente orientados a captar diversas formas de violencia *doméstica*– con un grupo de agravantes específicas que encuentran su explicación en el riesgo de agresiones asociado a la condición femenina de la víctima, es decir, en la idea que define y da sentido a la violencia de *género*. Aunque los criterios aparecen parcialmente superpuestos en su concreción normativa, se trata de realidades distintas que, precisamente por ello, pueden no coincidir en lo referente a la necesidad e intensidad de la intervención punitiva. De ahí que una evaluación de este contexto normativo en términos de legitimidad requiera el tratamiento separado de ambos modelos punitivos.

(20) Sobre los puntos de acercamiento y de fricción entre los modelos de la violencia doméstica y de género, LAURENZO COPELLO (2005a) 2-7.

(21) ASÚA BATARRITA (2004) 206.

(22) Sobre la ausencia de racionalidad en la elaboración de las leyes penales, DÍEZ RIPOLLÉS (2003).

III. LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: UN EJEMPLO DE DERECHO PENAL EXPANSIVO

Cuando el legislador español tomó la decisión de crear figuras específicas para contener los malos tratos hacia las mujeres, de inmediato dirigió la mirada hacia la intimidad de la vida doméstica. El razonamiento era sencillo: la institución familiar, por su propia naturaleza, favorece el desarrollo de relaciones de poder y subordinación entre sus integrantes que, en caso de abuso por parte de quienes ocupan las posiciones de dominio, pueden desembocar en agresiones hacia los miembros más débiles del grupo. Se impuso así el modelo de la violencia doméstica como base de una estrategia político-criminal que se plasmó en la formulación de delitos específicos destinados a captar un conjunto de situaciones de vulnerabilidad asociadas a la relación de parentesco –u otras asimiladas (23)– que une a la víctima con el autor (24).

Desde que en 1989 se creara el primer delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico no ha dejado de crecer la intervención penal tanto por lo que se refiere al número de delitos como a la intensidad de las penas (25). Pero si hay un momento clave para situar este avance punitivo dentro de lo que se ha dado en llamar el proceso de expansión del Derecho penal –entendiendo por tal el recurso al ordenamiento punitivo como *prima ratio*, aun a costa del clásico sistema de garantías (26)–, ese momento se encuentra sin duda en las reformas de 2003. De ellas provienen dos de las decisiones de más dudosa legitimidad en el contexto de la violencia doméstica: la elevación a la categoría de delito del maltrato no habitual (artículo 153 CP) (27) y la

(23) Me refiero a la inclusión dentro del círculo de sujetos pasivos de personas especialmente vulnerables sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (art. 173.2 C.P)

(24) En contra de la creación de figuras penales específicas, CORCOY BIDASOLO (2005) 1234-1236.

(25) También así BOLDOVA PASAMAR / RUEDA MARTÍN (2006) 14.

(26) SILVA SÁNCHEZ (2001) 20.

(27) LO 11/2003, de 29 de septiembre.

imposición obligatoria de la pena de alejamiento (artículo 57.2 CP) (28).

Ambas medidas han dado lugar a planteamientos de inconstitucionalidad por parte de los órganos judiciales encargados de aplicarlas, si bien con argumentos notoriamente distintos.

a) Por lo que se refiere a la decisión de elevar a la categoría de delito los malos tratos de obra y las lesiones leves no habituales entre parientes (art. 153), los planteamientos de inconstitucionalidad se basaron en la posible infracción del principio de proporcionalidad, al entender varios Juzgados que resultaba excesivo aplicar una pena privativa de libertad para sancionar un simple empujón o a una bofetada acaecidos fuera de un contexto habitual de violencia latente (29). El Tribunal Constitucional zanjó la cuestión aludiendo, en esencia, a tres argumentos (30): 1) la relevancia social de los bienes jurídicos que se dirige a tutelar la norma discutida (integridad física y psíquica, dignidad personal y pacífica convivencia familiar), 2) la inexistencia de otros medios alternativos de eficacia semejante a la pena para contener el grave problema que representa para la sociedad española la violencia familiar (31) y 3) la previsión legal de una pena no privativa de libertad –trabajos en beneficio de la comunidad– como instrumento idóneo para adecuar la sanción concreta a la mayor o menor entidad del hecho cometido (32). Por todo ello

(28) Regla introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

(29) La primera cuestión de inconstitucionalidad la planteó el Juzgado de Instrucción n.º 1 de San Vicente del Raspeig –Auto de 21 de enero de 2004– en relación al caso de un hombre que, en el curso de una discusión, dio “un guantazo a la cara de su compañera sentimental...en presencia de sus dos hijas”.

(30) ATC 233/2004, de 7 de junio y ATC 332/2005, de 13 de septiembre. Ampliamente sobre estos pronunciamientos, GONZÁLEZ CUSSAC (2007) 459-474.

(31) El ATC 332/2005, de 13 de septiembre, recuerda la evidente ausencia de eficacia que demostró la legislación penal cuando estos hechos sólo se castigaban como faltas.

(32) La propia casuística de los Juzgados que en su momento plantearon las cuestiones de inconstitucionalidad revela que no todos los sucesos recoge-

concluyó el alto tribunal que no existe un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción que permita invalidar el precepto por lesión del principio de proporcionalidad.

Pero más allá de la posibilidad de establecer una lectura conforme a la Constitución (33), cabe preguntarse si tan importante incremento punitivo era realmente necesario para aumentar la efectividad del modelo penal contra la violencia doméstica. El Tribunal Constitucional apuntó a una respuesta afirmativa al sostener que la calificación de las agresiones leves ocasionales como simples faltas –tal como se venía haciendo hasta la reforma de 2003– había dado lugar a una “percepción social de escasa respuesta punitiva... y de insuficiente protección... a las víctimas” (34), que se mostró “palmariamente ineficaz” para contener un fenómeno que ha adquirido dimensiones alarmantes en los últimos años (35). Y ciertamente no le faltaba razón. A nadie se le escapa que el primer modelo de tutela que intentó el legislador español –elaborado en torno a la idea de *habitualidad* como elemento distintivo de la violencia familiar penalmente relevante– resultó un estrepitoso fracaso por culpa de una interpretación rígida y formalista que acabó por dejar prácticamente sin aplicación el delito de maltrato habitual y derivó la inmensa mayoría de los casos al ámbi-

dos por el actual art. 153 son precisamente “veniales”. Se convendrá en que no es lo mismo una bofetada que se propina al calor de una discusión que el acontecimiento que dio lugar a la impugnación planteada por el Juzgado de lo Penal n.º 12 de Valencia, consistente en que el acusado, que se encontraba separado legalmente de su mujer aunque seguían compartiendo vivienda, llegó una madrugada a la casa y al encontrar la puerta cerrada, la llamó “hija de puta, tirándola contra la pared del cuarto de baño, cogiéndola de los brazos a la vez que le daba un rodillazo en el estómago, causándole lesiones consistentes en dolor en el tórax y contusiones múltiples”.

(33) Sobre la marcada tendencia del TC a optar por este tipo de soluciones de compromiso cuando el fundamento de la impugnación constitucional se basa en el principio de proporcionalidad, GONZÁLEZ CUSSAC (2007) 481.

(34) ATC 233/2004.

(35) ATC 332/2005.

to de las faltas (36). El resultado fue poco tranquilizador: un modelo ideado para conceder protección a las víctimas de violencia doméstica y favorecer su confianza en la justicia, acabó por volverse contra ellas. El agresor generalmente saldaba su paso por la Justicia con una escasa multa y mucho más resentimiento hacia quien le había denunciado, lo que reforzaba sus motivos para persistir en la violencia. Se extendió así la sensación de impunidad entre los agresores y un correlativo sentimiento de impotencia y desprotección entre las víctimas.

Pero si el diagnóstico era correcto, no lo fue en cambio la solución adoptada. En lugar de ahondar en la búsqueda de las auténticas causas del fracaso de aquel modelo “contenido” de intervención penal, prevaleció el llamado populismo punitivo, que impulsa a los gobernantes a acudir al endurecimiento de las penas como instrumento casi mágico para transmitir a la sociedad una sensación –muchas veces aparente– de seguridad frente al delito (37). Tratándose de un tema de gran trascendencia mediática, no es de extrañar que se optara por buscar los efectos simbólicos inmediatos que hoy por hoy produce la creación de delitos y el incremento de las sanciones. Un simple cambio legislativo –sin apoyo alguno en estudios empíricos sobre eficiencia y utilidad– se consideró suficiente para transmitir a la opinión pública la idea de preocupación del Estado por el grave problema social que representa la violencia contra las mujeres y sirvió para acallar a un nutrido sector del feminismo militante que desde hace tiempo ha sucumbido a la arrolladora fuerza del punitivismo vindicativo (38).

Pero, como era de esperar, la euforia duró poco. El reforzamiento de la vía punitiva no consiguió cambiar el rumbo de las cosas y los episodios más graves de violencia doméstica –sobre todo la que se ejerce contra las mujeres– continuaron su tendencia ascen-

(36) LAURENZO COPELLO (2004) 827-828.

(37) LARRAURI (2006) 15; MIRANDA ESTRAMPES (2007) 43-44.

(38) Sobre el papel central que ocupan los sentimientos de venganza de las víctimas y de la sociedad en general en la nueva configuración del modelo de intervención penal, DÍEZ RIPOLLÉS (2004) 31.

dente o, al menos, estacionaria (39). En términos de eficacia, de poco sirvió el incremento de la respuesta punitiva hacia el maltrato ocasional (40). Y lo cierto es que no podía ser de otra manera. Porque el problema de fondo no estaba en el tratamiento penal de las agresiones *leves* y esporádicas entre parientes, que por su escasa entidad nunca debieron salir del ámbito de las faltas. El problema residía en una defectuosa práctica judicial que, al identificar de modo casi automático la primera denuncia con el primer acto de violencia, acabó por calificar como simples faltas muchas situaciones *graves* de violencia habitual que permanecían

(39) Es muy difícil dar datos exactos del número de homicidios de mujeres por sus parejas sentimentales. La falta de homogeneidad sobre los criterios para definir la “violencia de género” hace que las cifras fluctúen según la fuente consultada. Sin embargo, existe coincidencia a la hora de señalar que el proceso no revierte de forma significativa, manteniéndose la media en torno a las 70 mujeres muertas al año a partir de 2003. Ese fue el momento en el que comenzó una escalada ascendente respecto a la situación anterior, que giraba alrededor de los 54 homicidios anuales, según datos del Instituto de la Mujer (http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/muertes_tablas.htm). Puede consultarse también la Red de organizaciones feministas (<http://www.redfeminista.org>)

(40) Algunos sectores pretenden presentar el actual modelo punitivo como un éxito basándose en el espectacular incremento de las condenas –nada menos que 50.086 en dos años, según informó al Congreso la Directora del Observatorio contra la Violencia de Género del CGPJ (diario El País de 17 de octubre de 2007)– y de las denuncias por maltrato –que se incrementó un 260% en cinco años, según el Informe de 2007 del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer–. Sin embargo, estas posturas no parecen tener en cuenta que difícilmente puede evaluarse la utilidad de una norma a partir de un sistema que se alimenta a sí mismo. Es evidente que cuantos más delitos existan para reprimir la violencia de género y cuantos menos obstáculos se pongan para su aplicación, más denuncias y condenas habrá. Pero eso no significa todavía que tan elevada intervención punitiva haya conseguido efectos significativos para contener la violencia contra las mujeres en la vida social. Aunque no soy especialista en criminología, tengo la impresión de que esta cuestión sólo podría evaluarse con cierta consistencia a partir de datos externos al sistema mismo, como podría ser, por ejemplo, la progresión anual de de mujeres muertas a manos de sus parejas.

ocultas tras un aparente episodio aislado de maltrato (41). Lo que hacía falta entonces no era un incremento punitivo, sino una actuación decidida sobre los operadores jurídicos para modificar esa inercia jurisprudencial. Pero la reforma de 2003 consiguió precisamente lo contrario. La conversión de la falta de maltrato en delito vino a consolidar la tendencia a canalizar las denuncias por malos tratos a través del art. 153 –mucho menos complicado en términos probatorios– y acabó por arrinconar definitivamente al delito de violencia habitual (42), precisamente la figura delictiva que con mayor claridad y consistencia capta las situaciones de riesgo severo para la vida e integridad de las víctimas de violencia doméstica.

En síntesis, desde criterios de eficacia no era preciso endurecer las penas de las agresiones leves y ocasionales entre parientes. Porque el defecto no estaba ahí, sino en la incapacidad para prevenir con un grado aceptable de efectividad las situaciones de riesgo elevado para la vida e integridad de muchas personas que viven sumidas en un contexto de hostilidad y violencia permanente a causa de la actitud agresiva de otros familiares. Y el cauce para contribuir a ese objetivo desde el sistema penal ya estaba creado. Lo que hacía falta –y sigue haciendo– era un cambio en la práctica judicial que permitiera la aplicación normalizada del delito de maltrato doméstico habitual (art. 173.2).

b) La otra decisión altamente discutible que incorporó la reforma de 2003 fue la de obligar a los jueces a imponer la pena de alejamiento (43) a todos los condenados por un delito de violen-

(41) Los resultados de un estudio empírico reciente ratifican esta idea: CALVO GARCÍA, (2005) 18.

(42) Baste con indicar que de los procedimientos registrados en el año 2006 en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el 46% lo fueron por lesiones –donde se sitúa el art. 153– frente a sólo un 7% por delitos contra la integridad moral –capítulo al que pertenece el delito de violencia habitual del art. 173.2–. Fuente: Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Consejo General del Poder Judicial.

(43) Prohibición de aproximarse a la víctima y a otras personas de su entorno y de comunicarse con ella por un tiempo máximo de diez años si el delito cometido fuere grave y de cinco si fuera menos grave (arts. 48 y 57.2 CP)

cia doméstica (44), con independencia de la gravedad del hecho cometido y de la peligrosidad del autor (45).

Los planteamientos de inconstitucionalidad que suscitó la reforma –pendientes todavía de resolución– vinieron condicionados en este caso por un dato que el legislador a todas luces perdió de vista al optar por una medida tan rígida como poco realista. Me refiero a la gran complejidad de las relaciones afectivas que puede dar lugar a muchas situaciones en las que la víctima de un maltrato no quiera separarse del agresor o agresora y opte libremente por mantener una convivencia que por algún motivo le interesa (46). Como bien han razonado algunos jueces, imponer el alejamiento del agresor en tales circunstancias supone una irrazonable intromisión del Estado en la vida de las personas que “priva a la víctima de su capacidad de autodeterminación, atentando contra su dignidad y contra el derecho a decidir con quien quiere compartir su vida” (47).

(44) En realidad la reforma no se limita a los delitos de malos tratos en el ámbito doméstico, sino que llega a la desmesura de considerar preceptivo el alejamiento también cuando el delito cometido entre parientes afecte al “patrimonio y al orden socioeconómico”.

(45) El art. 57.1 del Código penal prevé la pena de alejamiento como accesoria para en amplio grupo de delitos contra las personas y el patrimonio, pero como regla general deja en manos de los jueces la decisión sobre si ha de aplicarse o no en función de “la gravedad de los hechos” y del “peligro que el delincuente represente”. Ese carácter facultativo es el que eliminó la reforma de 2003 en el caso de condenas por violencia doméstica, estableciendo que “se acordará, en todo caso, su aplicación” –art. 57.2–.

(46) Piénsese en el supuesto de un joven drogodependiente con antecedentes psiquiátricos que golpea a su madre y amenaza a un hermano. Más allá de que por algún motivo el hecho llegue a los tribunales y acabe en condena, a nadie puede sorprender que los familiares del condenado sean los primeros interesados en mantenerlo a su lado, conscientes de que el alejamiento puede representar su perdición (este caso suscitó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Arenys del Mar el 5 de octubre de 2005). Tampoco pueden perderse de vista los casos en los que una mujer agredida por su pareja sentimental decide libremente intentar la reconciliación o continuar la convivencia. Al respecto, LARRAURI (2003).

(47) Auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Arenys del Mar, de 5 de octubre de 2005. También el *Informe del Grupo de Expertos en violencia domés-*

Los argumentos esgrimidos para fundamentar la inconstitucionalidad del art. 57.2 apuntan, en general, a los intereses de la víctima y pueden resumirse del siguiente modo (48): 1) lesión del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la propia víctima, a la que se priva de la libertad de decidir sobre la organización personal y familiar de su vida, 2) ingerencia arbitraria del Estado en la intimidad de las personas, cerrando las puertas al perdón y la reconciliación entre familiares, 3) carácter afflictivo de la pena de alejamiento para la víctima, que por efecto reflejo acaba por ver limitada su libertad al imponérsele el deber de permanecer alejada del agresor, 4) profundización de una concepción retrógrada que considera a la mujer (cuando es ella el sujeto pasivo) incapaz de tomar decisiones por sí misma, sustituyendo la tutela del marido por la del Estado y 5) pérdida de la función cautelar y preventivo-especial de la pena de alejamiento para convertirla en un mero instrumento de intimidación para futuros agresores.

Por contradictorio que pueda resultar a la vista de tan atinados argumentos, lo cierto es que la decisión político-criminal de obligar a imponer en todo caso la pena de alejamiento encuentra su razón de ser precisamente en el desmedido protagonismo de la víctima en la elaboración de la estrategia punitiva, otra de las notas características del Derecho penal expansivo (49). En efecto, el legislador no dudó aquí en establecer un régimen excepcional y mucho más gravoso para los condenados por violencia domésti-

tica y de género del Consejo General del Poder Judicial (2006) se muestra contrario a la obligatoriedad del alejamiento y propone el regreso al sistema general que permite al juzgador valorar “la oportunidad de la mencionada accesoria, teniendo en cuenta la totalidad de los factores y circunstancias concurrentes (gravedad... del hecho, valoración de la situación objetiva de riesgo de la víctima, voluntad no viciada de la víctima)”.

(48) Los argumentos que se enumeran pertenecen a los Autos del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Arenys del Mar, de 5 de octubre de 2005 y del Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid, de 29 de junio de 2005.

(49) El castigo del autor se observa como una forma de saldar la deuda de la sociedad con la víctima, a la que no se pudo evitar el trauma causado por el delito. SILVA SÁNCHEZ (2001) 55-56. También DÍEZ RIPOLLÉS (2004) 29.

ca –sustrayéndolos de las reglas generales de aplicación de la pena accesoria de alejamiento– con tal de reforzar el cerco de seguridad para las potenciales víctimas de esta clase de agresiones. El interés de la víctima prevaleció una vez más sobre los derechos del condenado.

Lo paradójico es que el sistema acabó por volverse en contra la propia víctima a la que pretendía tutelar, dejándola atrapada en sus redes hasta el punto de imponerle su protección bajo amenaza de sanción penal (50). Eso sucede en la práctica con quienes deciden reanudar o sencillamente no interrumpir la convivencia con el agresor sobre el que pende una pena de alejamiento, una situación que produce el efecto perverso de convertir a la propia víctima en partícipe del delito de quebrantamiento de condena (51). Y aún peor se pondrán las cosas si prospera la demanda del feminismo oficial, apoyado desde algunas instancias judiciales (52), de

(50) Véase CID MOLINÉ (2004) 227.

(51) Con el fin de eludir este efecto perverso de criminalizar a las víctimas, el Tribunal Supremo ha ensayado una tesis en virtud de la cual considera decaída *de facto* la medida (o pena) de alejamiento cuando la mujer decide libremente recibir al condenado y reanudar la convivencia (STS 19/09/2005). Pero si esta argumentación puede resultar plausible cuando de la medida cautelar se trata, no sucede lo mismo en el caso de la *pena*. Admitir su caducidad tácita por reanudación de la convivencia supondría tanto como dejar en manos de la víctima y del propio autor la decisión última sobre la extinción de una sanción estatal. Así lo ha reconocido ya el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de septiembre de 2007 (Sent. n.º 775/2007), donde se modifica la postura anterior para afirmar, con razón, que el cumplimiento de una pena ya impuesta “no es disponible por nadie, ni aún ...por la propia víctima”. Ya antes la STS n.º 10/2007, de 19 de enero, había iniciado esta vuelta atrás al afirmar que tampoco una medida cautelar puede quedar sin efecto por la voluntad de la víctima debido a que “es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida”.

(52) El ya mencionado *Informe de Expertos del Consejo General del Poder Judicial* (2006) propuso la eliminación de la dispensa por entender que esta figura está pensada para eximir del deber de declarar contra un familiar a quienes son llamados como simples testigos en causa criminal y no para quien ha puesto en funcionamiento el sistema penal a través de una denuncia (en esta línea

eliminar la dispensa de declarar en contra del cónyuge que prevé el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (53). Con esta nueva vuelta de tuerca se pretende obligar a las mujeres, bajo amenaza de incurrir en delito de desobediencia grave (54), a declarar en el juicio contra su agresor con el fin de reducir el alto índice de sobreseimientos debidos a la retractación o falta de colaboración de la víctima que priva a la acusación de la principal prueba de cargo (55).

Una vez más, quienes se autoproclaman defensores de las víctimas no dudan en ignorar su voluntad y se empeñan en tratarlas como personas privadas de capacidad de raciocinio. Una actitud rígida y paternalista muy poco coherente con el discurso feminista que desde hace años viene luchando por transmitir a la sociedad una imagen de fortaleza y autosuficiencia de las mujeres, todo lo contrario del victimismo a ultranza que proclama el feminismo oficial, rendido a las falsas bondades del sistema penal.

Frente al empecinamiento de blindar a las víctimas aún a costa de su libertad, cabe preguntarse, con SÁEZ VALCÁRCEL, si “de verdad se puede afirmar que se asiste a otro sin escucharle,

la STS n.º 625/2007, de 12 de julio). En opinión de los expertos, la presentación de denuncia por la víctima debería entenderse como renuncia tácita a hacer uso de la exención de declarar.

(53) El art. 416 LEC establece la dispensa de declarar en juicio contra el procesado, entre otros, de los parientes en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge y sus hermanos.

(54) Art. 420 LEC.

(55) Un estudio reciente indica que el 64% de las mujeres no colaboran con la justicia en los procesos contra sus parejas sentimentales, sea por acogerse a la excepción del secreto familiar o por la vía de retractarse de su declaración para exculpar al acusado. SÁEZ VALCÁRCEL (2007) 14.. Según informa la Fiscal Delegada de Sala para violencia de género, el 37% de las retiradas de acusación por los fiscales en los cuatro primeros meses de 2007 respondieron a que la víctima se acogió al derecho a no declarar (datos recogidos en el Informe de 2007 del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, p. 188, institución que, por cierto, también suscribe la propuesta de reforma del artículo 416 LEC).

sin atender de manera sistemática a sus razones, sin respetar su voluntad” (56). Los propios tribunales han dado la respuesta a esta cuestión al afirmar, con toda razón, que resulta “absolutamente improcedente que se adopten medidas de protección de la víctima... en contra de (su) voluntad... cuando ésta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios intereses... Otra cosa sería tratar a las víctimas de la violencia de género como sujetos cuya capacidad de autodeterminación se encuentra abolida o limitada y cuyo interés ha de ser, por tanto, tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión, al modo de los menores o incapaces, lo que francamente nos parece ofensivo para la dignidad personal de la víctima que precisamente se pretende proteger” (57).

Es de lamentar que la Ley Integral contra la Violencia de Género no haya sido capaz de subvertir este proceso y siga anclada en el “paradigma de la victimización”, que simplifica hasta el extremo los conflictos familiares –en particular los relacionados con la pareja– y los reduce a esquemas dicotómicos de “amigos y enemigos”, “culpables y víctimas” (58). Así lo demuestra el empeño en condicionar todo el modelo de asistencia y apoyo a las mujeres maltratadas a la denuncia previa (59), es decir, a la obligada inserción de la víctima en el sistema penal, un paso más en la infatigable carrera por dejar en manos del Derecho penal la solución de cuantos conflictos se plantean en la sociedad.

(56) SÁEZ VALCÁRCEL (2007) 14.

(57) Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4.^a, n.º 430/2004, de 15 de julio.

(58) PITCH (2003) 244-245.

(59) LARRRAURI (2007) 104-105.

IV. LA REGULACIÓN PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO:
¿DERECHO PENAL DE EXCEPCIÓN O PROTECCIÓN DE INTERESES
LEGÍTIMOS?

1. *Los puntos de partida: el concepto de género como base
del debate*

Con los términos “regulación penal sobre violencia de género” pretendo hacer referencia al conjunto de disposiciones del Código penal que tienen por objeto específico la tutela de las mujeres frente a ciertos actos de violencia de los que son objeto por su condición femenina, “por el mero hecho de ser mujeres” (60).

Obviamente, la posibilidad misma de utilizar el concepto “violencia de género” para agrupar y dotar de sentido a un conjunto de preceptos penales –con independencia de la valoración que luego se haga de ellos desde la perspectiva político-criminal– viene condicionada por la admisión de una premisa que actúa como punto de partida. Me refiero a la aceptación de la violencia de género como una categoría sociológica con entidad propia (61), susceptible de ser definida a partir de una serie de caracteres específicos que la distinguen de otras formas de violencia social. Tal es la línea que se impuso en el ámbito internacional desde que en los años noventa las Naciones Unidas reconociera la raíz histórico-cultural de la violencia contra las mujeres al definirla como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre” (62). La violencia de género aparece así como el instrumento “de un sistema de dominación por el cual se perpetúa la desigualdad entre mujeres y hombres” (63), como estrategia de control sobre ellas.

(60) OSBORNE (2005) 10.

(61) Así RUBIO (2004) 43.

(62) *Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de 20 de diciembre de 1993.

(63) OSBORNE (2005) 11, FARALDO CABANA (2006) 90.

Dos datos se desprenden con claridad de esta definición. Primero, que se trata de un tipo de violencia directamente asociada a la discriminación estructural de un determinado grupo social (64), a la posición de subordinación que ocupan sus integrantes en el contexto comunitario. Y, segundo, que ese grupo social discriminado son las *mujeres*, en tanto destinatarias de una asignación de roles domésticos que las sitúa en un estatus de segunda clase (65). Es en este contexto donde adquiere sentido el concepto de género como categoría de análisis ideada por el feminismo para hacer visible que la subordinación social y cultural de las mujeres responde a una construcción del patriarcado que asigna a “lo femenino” lugares de sumisión (66) y, precisamente por ello, expone a las mujeres a ser blanco de violencia como instrumento de dominación. Eso y no otra cosa se quiere decir cuando se afirma que la violencia de género es un tipo de violencia que encuentra su razón de ser en el *sexo* de la víctima, en su condición femenina (67). Son las mujeres, por ser mujeres, por pertenecer a este sexo, las que son blanco de esta clase de violencia, pero no por los rasgos biológicos que las distinguen de los hombres (68), sino por los roles subordinados que le asigna la sociedad patriarcal (69).

(64) BARRERE (2004) 26-28.

(65) EVANS (1998) 80.

(66) MOLINA (2003) 124-125.

(67) Como sostuve en LAURENZO COPELLO, (2005a). También MAQUEDA ABREU (2006a).

(68) Me atribuye esta concepción ACALE (2006), 69-74, si bien creo que desde mis primeros escritos sobre el tema –de los que hace ya unos cuantos años– vengo insistiendo en la directa relación de la violencia que sufren las mujeres con el injusto reparto de roles sociales, con la discriminación estructural del género femenino –véase, por ejemplo, LAURENZO COPELLO (2005b), 95.

(69) El hecho de que las categorías teóricas del feminismo hayan llegado con mucho retraso al mundo del Derecho permite explicar, tal vez, el predominio entre algunas juristas de la drástica y ya superada separación entre sexo y género, como categorías dicotómicas que refieren, respectivamente y sin permeabilidad alguna, a lo biológicamente dado y lo socialmente construido –OROBITG (2003) 270–. Sobre el proceso de deconstrucción del concepto de género y el debate actual sobre su alcance y utilidad dentro del pensamiento feminista, ampliamente TUBERT (2003) 7-16.

No está demás recordar que el uso del concepto “género” en la teoría feminista surgió con la intención de hacer visible el origen construido –cultural– de la diferencia de *sexos* (70). No se trata pues de un concepto independiente del sexo, como parecen entender algunas autoras en el ámbito del Derecho. Al contrario, es un instrumento crítico destinado a poner de manifiesto el injusto reparto de roles sociales entre los sexos propio del patriarcado. Si ese contenido reivindicativo se pierde, el concepto de género puede degenerar en una categoría avalorativa que se limite a ofrecer “explicaciones funcionalistas neutras de los géneros como roles complementarios” (71), una deriva que devolvería a la oscuridad la subordinación social de las mujeres y eliminaría el sentido mismo del concepto. Tal es lo que sucede cuando la violencia de género se define como “aquella clase de violencia que reciben *los distintos géneros* por su pertenencia al mismo y por el papel que tradicionalmente *cada uno de ellos* viene desempeñando” (72). Está claro que una concepción de estas características ya no sirve para identificar las agresiones contra las *mujeres* que encuentran su causa en la discriminación de este grupo social. Si se trata de la violencia que sufren “los distintos géneros” en función de los roles sociales que respectivamente les corresponde, este concepto tanto servirá para referirse a las palizas que un hombre propina a su mujer cada vez que ve defraudadas sus expectativas, como al acoso psicológico al que una mujer celosa somete al marido cuando regresa tarde a casa tras una agotadora jornada laboral –por citar uno de los estereotipos más comunes–. Pero entonces, ¿para qué sirve el concepto violencia de género en el campo del Derecho? ¿A qué realidad específica está haciendo referencia que requiera la atención del Derecho penal? Es evidente que este macro-concepto, comprensivo de un conglomerado inmenso de actos de violencia de muy distinta naturaleza y justificación, pierde toda utilidad desde el punto de vista político-criminal. Pero, sobre todo, se trata de

(70) TUBERT (2003) 7.

(71) MOLINA (2003) 126.

(72) ACALE (2006) 74.

una definición que consigue neutralizar el efecto visibilizador que se persigue con la referencia al “género”. Al abarcar por igual a hombres y mujeres –con sus respectivos papeles socialmente aprendidos– el concepto “violencia de género” pierde su aptitud para revelar el origen discriminatorio de esta clase de violencia, su vínculo directo con el papel de sumisión atribuido a “lo femenino” en la sociedad patriarcal.

Por todo ello, y para evitar tan confusas consecuencias, creo preferible mantener el concepto desarrollado por los organismos internacionales en virtud del cual por violencia de género se entiende “todo acto de violencia basado *en la pertenencia al sexo femenino* que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para *la mujer*” (73). Lo que dota de sentido a esta clase de violencia –como categoría sociológica– es el *sujeto pasivo*. Ciertamente, al tratarse de una manifestación de la falta de igualdad entre los dos sexos, será habitual que sea un hombre quien imprima la violencia como estrategia para mantener su posición de control y autoridad. Pero no ha de ser necesariamente así. Lo que marca la diferencia y dota de sentido a la violencia de género como categoría específica no es el sujeto activo sino el pasivo –la víctima mujer– (74), porque se trata de atentados a la integridad que encuentran su razón de ser en la perpetuación de unos determinados roles asignados de manera exclusiva a las mujeres. Así, por ejemplo, las lapidaciones que todavía se practican en ciertas zonas como castigo a las mujeres adúlteras constituyen una de las más brutales representaciones de la violencia de género, con independencia de que tire la piedra un hombre o una mujer. Y lo mismo sucede con las mutilaciones genitales femeninas, otra práctica que se inscribe con rotundidad en el ámbito de la violencia de género aun-

(73) Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993.

(74) Lo que no quiere decir que los efectos de la violencia de género no puedan alcanzar a otras víctimas secundarias, como habitualmente sucede con los hijos de una pareja marcada por los malos tratos, sean niñas o niños.

que en la inmensa mayoría de los casos sean otras mujeres quienes ejecuten tan temible práctica.

No es cierto, entonces, que el concepto de violencia de género se defina en función del sujeto activo, por ser un *hombre* quien ejerce la violencia (75). También una mujer puede ser autora de agresiones fundadas en estereotipos sexistas que afecten a otras mujeres. Lo que sucede es que en las sociedades más avanzadas en el reconocimiento de los derechos de igualdad, la discriminación se ha hecho más sutil y ya no se manifiesta en actos tan abiertamente vejatorios como la lapidación, la mutilación genital o los matrimonios forzados. Pero, a cambio, parecen aumentar de forma significativa las agresiones dentro de la pareja, hasta el punto de que se ha llegado a hablar de “un fenómeno epidémico que, al hilo de los retos planteados al varón por los valores democráticos de la sociedad actual y por el nuevo rol de la mujer, ha crecido a ritmo más rápido incluso que los accidentes de coche, las agresiones sexuales y los robos” (76). Mucho se ha discutido sobre el fondo de esta cuestión: ¿Asistimos de verdad a un aumento significativo de los casos de violencia contra las mujeres en la pareja o se trata sólo de una percepción social más intensa debida a su amplia presencia en los medios de comunicación y al incremento –indiscutible– de las denuncias ante los tribunales de justicia? Si se tiene en cuenta que hasta hace pocos años apenas existían datos sobre el maltrato doméstico, resulta prácticamente imposible aventurar una respuesta empíricamente fundamentada a esta cuestión. Sin embargo, hay motivos para pensar que asistimos, en efecto, a una etapa de particular virulencia de las agresiones de género en el ámbito de la pareja.

Cierto es que el aumento espectacular de las denuncias permite pensar que está aflorando una violencia antigua que hasta hace muy poco permanecía oculta en la intimidad del hogar. Pero más allá de esa evidencia, no se puede perder de vista el efecto reactivo de quienes ven tambalear los cimientos que sostienen su

(75) Como sostiene, por ejemplo, GONZÁLEZ RUS (2005) 495.

(76) ECHEBURÍA ODRIOZOLA (2005) 159.

posición de dominio en la relación de pareja y familiar. Los acelerados cambios en la tradicional distribución de roles y el proceso imparable de toma de conciencia por parte de las mujeres de su valor como seres humanos autónomos favorece que muchas de ellas se rebelen frente al agresor y ya no soporten con resignación un castigo que durante siglos consideraron justificado. Y, como siempre ocurre, quienes ven peligrar su poder absoluto, la posición de supremacía que les aseguraba el control, reaccionan incluso por medio de la fuerza para evitar esa pérdida de privilegios. Las bases que durante siglos sustentaron la jerarquía interna en la pareja se trastocan, quienes ocupaban los roles subordinados ya no admiten mansamente las consecuencias de esa posición secundaria y quienes hasta ahora detentaban el poder sin obstáculo alguno se resisten a aceptar un nuevo reparto de roles que irremediablemente les privará de muchos de sus privilegios. Cuando esa sensación de pérdida de autoridad y dominio que hoy experimentan muchos hombres interactúa con otros factores desencadenantes de violencia en la sociedad de nuestros días –abuso de drogas y alcohol, paro, pertenencia a minorías étnicas, etc.– (77) no es difícil que surja el comportamiento agresivo hacia las mujeres.

Por eso tiene sentido pensar que las agresiones a las mujeres en la pareja constituyen tal vez la manifestación más habitual de violencia de género en la sociedad española de nuestros días. De ahí también que, por regla general, los autores de este tipo de actos sean *hombres*. Por repetirlo una vez más: no es que la violencia de género se defina en función del sexo de quien ejecuta las agresiones. Pero si el contexto en el que se manifiesta la violencia es precisamente el de las relaciones sentimentales entre los dos sexos, lógico será que el autor sea un varón.

(77) Así LARRAURI (2007) 29-30, quien con razón señala la importancia de otras variables distintas del género como factores coadyuvantes de la violencia contra las mujeres en la pareja.

2. *Valoraciones encontradas de las nuevas agravantes de género introducidas por la Ley Integral*

Poco se ha tenido en cuenta ese papel determinante del género en la víctima –y no en el agresor– a la hora de valorar las nuevas agravantes de género que introdujo la Ley Integral en los delitos de lesiones, violencia doméstica ocasional, amenazas y coacciones leves (78). Al contrario, aunque la propia redacción de los tipos invita a pensar que su fundamento se encuentra en la tutela reforzada de determinados sujetos *pasivos* –expresamente se refiere la ley a “la ofendida... esposa o mujer”–, muchos críticos han hecho la lectura inversa y entienden que el motivo del aumento de pena reside de modo exclusivo en el sexo del sujeto *activo*, en el dato meramente objetivo de que sea un hombre –la pareja masculina de la víctima– quien ejecuta la agresión (79). De ahí los grandes reparos que ha suscitado esta innovación político-criminal desde el punto de vista de la legitimidad de la intervención punitiva. No son pocos quienes hablan de un auténtico Derecho penal de excepción que, arrollando los principios de igualdad y responsabilidad por el hecho, recurre de modo indisimulado al siempre temible “Derecho penal de autor” (80).

¿Tienen razón quienes así opinan?

Como sucede normalmente en el ámbito del derecho, es imposible –además de inadecuado a la naturaleza de las disciplina en la que nos movemos– contestar sin más con un sí o un no. La respuesta está condicionada a las premisas que se utilicen como punto de partida. Todo depende de si se admite una explicación culturalmente condicionada que asocia la violencia contra las mujeres en la pareja con los roles femeninos de sumisión y dependencia

(78) En todos estos casos se prevé una agravación de la pena “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a (el autor) por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”.

(79) Así por ejemplo, GONZÁLEZ RUS (2005) 494, 498.

(80) BOLDOVA PASAMAR / RUEDA MARTÍN (2004) 6; DEL ROSAL BLASO (2005) 328; GONZÁLEZ RUS (2005)498; ACALE (2006) 216.

en el ámbito doméstico o si, por el contrario, se rechaza esta premisa y se buscan las causas de tales agresiones de modo exclusivo en las características individuales del autor, en patologías psicológicas o actitudes machistas del agresor concreto.

Es obvio que este segundo planteamiento conduce de manera irremediable a la total ilegitimidad del Derecho penal de género, ya que si no fuese cierto que las mujeres están más expuestas que los hombres a sufrir violencia dentro de la pareja; si mujeres y hombres parten de un mismo nivel de riesgo y todo depende del mayor o menor equilibrio psicológico de la persona con la que se comparta la vida, entonces está claro que sancionar más severamente a los hombres que a las mujeres por un mismo tipo de agresión supondría una lesión flagrante del principio de igualdad ante la ley.

El problema es que la realidad no ofrece un panorama tan igualitario como postula esta tesis. En torno al 84% de las víctimas de malos tratos en la pareja son mujeres (81) y, según datos de 2006, ese mismo porcentaje se mantiene en los casos de homicidios entre cónyuges o ex convivientes (82). Ante cifras tan abrumadoras no basta con negar la raíz histórico-cultural de la violencia contra las mujeres. Hace falta alguna explicación alternativa que justifique ese desequilibrio entre los sexos. Y los críticos la han encontrado en el ámbito personal, acudiendo a una tipología del maltratador como sujeto psicológicamente desequilibrado, obsesivo y con marcada tendencia suicida (83). En suma, una personalidad patológica totalmente refractaria a la amenaza penal y ajena, además, a los valores y pautas de conducta de la mayoría social, de los hombres y mujeres “normales” que conviven pacíficamente en una sociedad igualitaria.

(81) CEREZO DOMÍNGUEZ (2006) 312-313.

(82) En concreto, según datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, el 84,6 % de las muertes violentas registradas en 2006 en el ámbito de la pareja o ex pareja tuvieron como pasivo a la mujer (www.poderjudicial.es).

(83) MELÉNDEZ SÁNCHEZ (2006) 1255-1256; STANGELAND (2005) 251; también CARMENA (2005) 36.

Sin duda, un perfil muy adecuado para evitar la incómoda asociación de la violencia contra las mujeres con la opresión de una estructura social desequilibrada e injusta. Al reconducir la explicación de la violencia de género al carácter patológico de los agresores, se acentúa su distanciamiento respecto de la mayoría social, al tiempo que se destaca la inutilidad del Derecho penal para prevenir tales comportamientos. Dicho en palabras de los defensores de esta teoría: “Dado el perfil del llamado *maltratador*, (la pena) no tiene efectos ni preventivos, ni de erradicación, ni de reeducación del agresor, puesto que a la población en general no le afecta la crudeza de la sanción para no incidir en estos hechos punibles, al no identificarse con el perfil del maltratador, y a su vez, aquellos que tengan predisposición a la comisión delictiva de estos delitos no dejan de llevarlos a cabo, dada la situación de obsesión y obcecación, intrascendente a efectos penales, en hacer daño a una persona determinada” (84).

Lo que quizás no tuvieron en cuenta quienes construyeron esta explicación patológico-individual de la violencia contra las mujeres es que la caracterización de los maltratadores como delincuentes de tendencia, como auténticos enemigos sociales imposibles de recuperar, se acerca peligrosamente a las bases del llamado Derecho penal del enemigo. En pleno auge de las ideas inocuidadoras que reivindican sin rubor el recurso a la privación de libertad como medio de defensa social frente a sujetos irrecuperables, llama la atención el intento de oponerse a la expansión punitiva de la mano de la imagen de un agresor psicológicamente desequilibrado y perverso. En los tiempos que corren, la consecuencia normal de esa visión patológica del hombre agresor es precisamente la contraria, al estilo de las últimas propuestas del feminismo oficial que, fundándose precisamente en esa imagen perversa de los maltratadores, exige la creación de un nuevo delito de “terrorismo sexista”, la punición de la “apología del terrorismo sexista” y el cumplimiento íntegro de

(84) MELÉNDEZ SÁNCHEZ (2006) 1255-1256.

las penas para todos los hombres que atenten “contra las mujeres, sus hijos e hijas o sus familiares más allegados” (85).

Por cierto, una posición esta última que en su empecinamiento por encarcelar a todos los agresores se ha dejado por el camino la explicación sociológica de la violencia de género, su raíz histórico-cultural. De la idea de una sociedad que oprime a un amplio sector de sus ciudadanos y que debe deconstruirse para generar nuevos criterios de distribución de roles, el feminismo oficial ha pasado a un discurso funcional al sistema que capta en su propia dinámica al colectivo oprimido y lo redefine como “víctimas” de determinados individuos inadaptados, ajenos a la generalidad, marcados por cánones individuales de comportamiento ajenos a las pautas comunitarias (86). Tal vez a las defensoras del punitivismo a ultranza se les ha pasado por alto que el Derecho penal, por sus propias características, sólo puede operar en términos de atribución de responsabilidad personal a sujetos individuales (87) y no como mecanismo de cambio social. Por eso, cuando se confía en él para erradicar la violencia de género se está aceptando implícitamente que la causa última de este problema no está en la propia estructura social sino en las pautas individuales de comportamientos de algunos sujetos des-cariados.

(85) Reivindicaciones recogidas en el Comunicado de prensa “En defensa de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, de 5 de septiembre de 2006, firmado por once conocidas asociaciones de mujeres con presencia en todo el territorio español. La desmesura de la propuesta queda patente en la definición del llamado terrorismo sexista, al que se identifica con “todos los actos de violencia ejercitados por los hombres contra las mujeres, sus hijos e hijas o sus familiares más allegados”, y se convierte en simple delirio punitivo cuando califica de “apología del terrorismo sexista” a “todas aquellas actitudes, comentarios y sarcasmos que obedezcan al propósito de minimizar o desalentar a las víctimas en su decisión de denunciar ante los tribunales la violencia padecida...”.

(86) Véase PITCH (2003) 244-245, quien se refiere a la sustitución del paradigma de la opresión por el paradigma de la victimización.

(87) LARRAURI (2007) 75.

En suma, se da la paradoja de que las más acérrimas defensoras de la Ley Integral vienen a coincidir en sus argumentos de fondo con sus más implacables críticos: con o sin conciencia de ello, todos reducen la explicación de la violencia en la pareja a las pautas de conducta de un determinado “tipo de sujetos”, a sus tendencias o inclinaciones perversas (88).

Naturalmente las cosas se ven muy distintas cuando se admite la raíz cultural de las agresiones contra las mujeres en la pareja, tal como se ha sostenido en páginas anteriores. Al aceptarse esa premisa, la violencia de género adquiere dimensión propia como problema social con repercusiones negativas para bienes jurídicos esenciales de un colectivo determinado –las mujeres–, cuya vida, integridad y libertad se ven expuestos a un riesgo de lesión específico y particularmente intenso. Y si se detecta un colectivo expuesto a un riesgo especial de sufrir violencia que, además, en la práctica, se concreta con mucha frecuencia en agresiones muy significativas, no hay motivos para dudar de la libertad del legislador para programar una intervención penal específica (89), al estilo de las agravantes de género creadas por la Ley Integral (90).

Otra cosa es que esa nueva llamada al Derecho penal constituya el camino adecuado y más eficaz para alcanzar el fin último de erradicar la violencia en la pareja.

3. La interacción de otros factores de riesgo

Como se viene insistiendo en estas páginas, el factor diferencial de la violencia de género, aquel que explica que las mujeres estén expuestas a sufrir agresiones en un nivel más elevado que

(88) Que es la base misma del llamado Derecho penal del enemigo. Véase MUÑOZ CONDE (2005) 38.

(89) De hecho, los propios críticos de la Ley Integral admiten la posibilidad abstracta –y hasta la conveniencia político-criminal– de crear delitos específicos en los que la mujer aparezca como sujeto pasivo único. Así GONZÁLEZ RUS (2005) 495.

(90) Ampliamente sobre estos aspectos, LAURENZO COPELLO (2005a).

sus compañeros masculinos, se encuentra en la falta de equilibrio en la distribución del poder entre los sexos, en el papel de dependencia y sumisión que la sociedad patriarcal les reserva. Sin embargo, limitar la explicación de la violencia que sufren las mujeres en la pareja de modo exclusivo al factor “género” constituiría una simplificación inaceptable, poco seria y, como sostienen con razón algunos autores, reaccionaria.

El hecho de que exista un factor distintivo que identifique y permita una explicación unitaria de la violencia que se ejerce contra las mujeres en la vida familiar no significa que las parejas vivan aisladas del complejo núcleo de circunstancias que favorecen el desarrollo de focos de violencia y agresividad en la sociedad de nuestros días. La posición social de la familia, su estatus económico, el consumo de alcohol o drogas, el nivel cultural de sus miembros, la condición de inmigrante trabajador, la pertenencia a minorías étnicas y por qué no, las características psicológicas de los miembros del grupo familiar, son factores que sin duda contribuyen a graduar el nivel de riesgo de un estallido de violencia en la pareja.

Por mucho que ciertos sectores del feminismo militante se empeñen en transmitir la imagen de “universalidad” del fenómeno de la violencia de género –“la violencia no sabe de clases ni de niveles educativos, todas las mujeres son víctimas potenciales”– (91), existen múltiples razones para reconocer que el riesgo de sufrir violencia no es el mismo en una pareja económicamente acomodada y con un nivel cultural elevado que en el seno de una familia en paro, en situación social marginal, con problemas de drogas, etc. También en este caso la explicación del mayor nivel de riesgo se encuentra en la desigualdad, pero en otra clase de desigualdad: la que surge de la radical injusticia en la distribución de bienes propia de la sociedad capitalista.

(91) Explica LARRAURI (2007) 33, que algunas feministas se empeñan en negar la incidencia de esos otros factores para no debilitar el discurso reivindicativo de la igualdad y para asegurar la amplia identificación con las víctimas que surge de la idea de que cualquier mujer puede ser agredida.

Como bien ha señalado LARRAURI, el intento por ocultar estos factores en aras de reforzar el discurso único de la igualdad de sexos es poco coherente con el pensamiento progresista y reivindicativo que siempre ha caracterizado al feminismo (92). En realidad, se trata de una muestra más de la falta de perspectiva del llamado “feminismo oficial” –el que tiene acceso a las instancias de poder en la España actual– que se ha dejado envolver en las redes del pensamiento reaccionario propio de las sociedades opulentas. Lejos de ocultar esos otros factores que coadyuvan a provocar respuestas violentas en muchas parejas marcadas por la marginación social o por la dureza de sus condiciones de vida, el movimiento feminista debería poner todo su empeño en denunciar la injusticia social que está en la raíz de esos fenómenos violentos. Porque, de lo contrario, a la vista del claro predominio en los tribunales del perfil de familia inmigrante y económicamente débil en los procesos por violencia de género (93), sólo queda la explicación –¡tan funcional al sistema de la opulencia!– de que los pobres son peores personas que los ricos. Con razón sostiene SÁEZ VALCÁRCEL, refiriéndose a la gran cantidad de inmigrantes que son condenados por maltrato familiar, que “podemos sentirnos civilizados nosotros los liberales del primer mundo y constatar que ellos, los pobres, los de esas otras culturas no ‘desarrolladas’ son más machistas, más violentos y más brutos que nosotros, encubriendo sus condiciones de existencia, el destierro obligado, las largas jornadas de trabajo, los bajos salarios y la soledad...” (94).

Naturalmente, nada de esto quiere decir que no se pueda mantener la hipótesis de partida que aquí se ha sostenido. Sólo se trata de reconocer que el género no es el único factor desencadenante de la violencia en la pareja, aunque sigue siendo el dato decisivo para expli-

(92) LARRAURI (2007) 37.

(93) El seguimiento de los procesos por violencia de género presentados en un Juzgado de Madrid demostró que el 56,7% de los casos correspondían a familiar inmigrantes, sólo el 3,8% a familias de clase media y ninguno a clases medias altas o altas. SÁEZ VALCÁRCEL (2007) 14.

(94) SÁEZ VALCÁRCEL (2007) 15.

car por qué, ahí donde concurren esa serie de circunstancias propiciatorias del ejercicio de violencia, son las *mujeres* quienes de modo abrumadoramente mayoritario resultan blanco de las agresiones.

4. *Los costes de la vía represiva*

La más clara prueba de los derroteros conservadores que sigue un sector del movimiento feminista español en su tarea por erradicar la violencia de género es su decidida apuesta por el Derecho penal como instancia preferente –y casi única– para acabar con estas prácticas. Una línea perfectamente funcional a los aires represivos que invaden la estrategia oficial de lucha contra el delito.

Ya hemos visto que muchas de las medidas que se han tomado siguiendo esta tendencia, si bien sitúan con claridad a la política criminal sobre violencia de género –y doméstica– en el ámbito del llamado Derecho penal expansivo, todavía pueden encontrar cierto acomodo dentro de los principios legitimadores del ordenamiento democrático. Pero eso no quiere decir que la estrategia sea acertada.

A continuación me ocuparé de algunos de los costes de esta opción puramente represiva.

1. Al entrar en la dinámica del Derecho penal, la política contra la violencia de género queda sometida a los criterios reguladores de un ordenamiento que en no pocas ocasiones hunde sus raíces en falsos universalismos propios de la sociedad patriarcal (95). Como sucede con la concepción puramente formal del principio de igualdad ante la ley – que prescinde de las desigualdades sociales que sitúan a algunos ciudadanos en posiciones de mayor vulnerabilidad (96)– o con la tendencia a evaluar la proporciona-

(95) RUBIO (2004).

(96) Sobre las diferencias entre el principio de igualdad ante la ley y el mandato constitucional de no discriminación, ampliamente, LAURENZO COPELLLO (1999).

lidad de las leyes acudiendo sólo a la gravedad abstracta de hecho cometido, desprovisto de cuantos factores de riesgo le dan forma en un contexto específico. Dentro de estos esquemas, parece difícil que un delito que pone sexo a sus víctimas –o a sus autores– pueda eludir las sospechas de “excepcionalidad”. En la medida en que esta estrategia se aparta de los cánones aceptados como universalmente válidos, como presupuestos inmutables para medir la equidad de las leyes, su justificación se hace muy difícil y, en el mejor de los casos, sólo consigue situarse en los límites mismos de lo aceptable en términos de legitimidad (97).

2. La tendencia a criminalizar cada vez más hechos asociados a la violencia familiar, abarcando conductas de escasa gravedad, distorsiona la imagen del problema social que representa la violencia de género y lo oculta tras otros muchos episodios de agresiones en el ámbito doméstico que muy poco tiene que ver con la discriminación de la mujer en la sociedad de nuestros días. Buena prueba de ello es que, desde que el maltrato doméstico ocasional se elevó a la categoría de delito, no ha dejado de crecer el número de denuncias recíprocas entre cónyuges que acaban en condena tanto para el hombre como para la mujer.

No quiero sugerir con ello que las mujeres deban permanecer al margen de las sanciones si agraden a su pareja masculina, pero es evidente que su abrupta irrupción como autoras de delitos de violencia doméstica es el fruto de una política criminal desenfocada que, a fuerza de extremar la intervención punitiva, ha acabado por llevar ante los tribunales muchas disputas familiares que poco tienen que ver con la violencia de género. Como tantas otras veces, el abuso de la vía represiva ha producido un efecto “boomerang” que distorsiona la realidad, deja en la penumbra los casos auténticamente graves de violencia de género –aquéllos que sumen a la mujer en un clima constante de hostilidad y agresividad– y favorecen el falso discurso de la discriminación masculina.

(97) En esta línea parece moverse GONZÁLEZ CUSSAC (2007) 474-483.

3. Con la llamada constante al Derecho penal, el movimiento feminista (oficial) se vuelve conservador y renuncia a su posición destacada en el engranaje del cambio social.

Al depositar toda su confianza en uno de los instrumentos más importantes para el mantenimiento del *status quo*, en una herramienta básicamente opresora y autoritaria que controla los conflictos a base de limitaciones de derechos, las asociaciones de mujeres con mayor presencia en la vida pública española corren el serio riesgo de traicionar los grandes postulados del feminismo que siempre han estado asociados a la lucha por una sociedad más justa, menos autoritaria y con mayor espacio para las libertades.

4. Las mujeres quedan atrapadas en la lógica de un sistema que, a fuerza de considerarlas víctimas vulnerables, las despoja de capacidad de decisión y acaba convirtiéndolas en culpables de sus propios actos.

El discurso de la vulnerabilidad de las mujeres maltratadas conduce a su consideración como sujetos incapacitados para decidir en libertad y desemboca en el efecto perverso de sustituir su voluntad por la del Estado (98) y por la de aquellas asociaciones que se han erigido en representantes de facto de todas las víctimas de la violencia sexista. En sus manos queda la decisión sobre el camino “correcto” para salir de la violencia de género y, lo que es aun peor, para programar toda una vida. Asistimos a una etapa de imposición de criterios sobre “lo bueno y lo malo” en las relaciones de pareja que obliga a las mujeres a aceptarlos a riesgo de sufrir los efectos represores del Estado por su falta de respeto a una disciplina supuestamente feminista. Buen ejemplo de ello es la amenaza de incurrir en un delito de quebrantamiento de condena que pende sobre cualquier mujer que libremente decide reanudar la vida con su agresor o la posibili-

(98) La experiencia norteamericana ha demostrado que el recurso al Derecho penal, “más que dar poder a las mujeres ha producido una sustitución del poder del marido por el del Estado” –LARRAURI (2007) 80–.

dad, nada lejana a la vista de las últimas propuestas de reforma, de ser condenada por desobediencia grave a la autoridad por negarse a declarar contra su pareja en un proceso judicial por malos tratos.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El repaso que se acaba de hacer del rumbo que ha tomado en los últimos años la política criminal en materia de violencia de género indica sin duda que su regulación se inscribe dentro del movimiento expansivo del Derecho penal moderno. Claros indicios de ello los encontramos en la marcada tendencia a crear nuevos delitos, el incremento incesante de las penas o las concesiones exageradas a la perspectiva de la víctima aún a costa de sacrificar la función de contención de la venganza privada propia del Derecho penal liberal.

Sin embargo, es exagerada la pretensión de invalidar todo el entramado de medidas protectoras de la mujer apelando a un supuesto “Derecho penal de excepción”. No parece que tenga sentido hablar de desproporción desmedida, irracionalidad patente o arbitrariedad inocuizadora –por citar sólo algunos de los fuertes reparos que han surgido desde las filas de “la resistencia”– cuando nos enfrentamos a figuras delictivas que por regla general no superan el año de prisión; que prevén sanciones alternativas a la privación de libertad (trabajos en beneficio de la comunidad); que expresamente contemplan una considerable atenuación de la pena “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho” (99); que admiten la sustitución y suspensión de la pena privativa de libertad y, en fin, que prevén el tratamiento del condenado como medida resocializadora específica.

(99) Esta fórmula de atenuación de la pena está prevista tanto para el delito de maltrato doméstico ocasional –art. 153.4– como para las amenazas y coacciones leves –arts. 171.6 y 172.2 *in fine*, respectivamente–.

Curiosamente, donde sí hay algunas manifestaciones de excepcionalidad que han pasado casi inadvertidas a los críticos es en el régimen de aplicación y cumplimiento de las penas (100).

En concreto, la ley contempla una serie de medidas particulares para la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad aplicadas por delitos de violencia de género que suponen un régimen más gravoso para los condenados por estos hechos (101). Destaca en esta línea el deber de someterse en todo caso a programas de educación y tratamiento psicológico como condición para acceder a alguna de las alternativas a la prisión (102), un deber que, de incumplirse, condena irremediabilmente a la revocación del beneficio y al cumplimiento efectivo de la pena. La rigidez de esta medida hace pensar que el legislador está partiendo aquí de la presunción de que todo condenado por algún delito de maltrato a la pareja padece una alteración psíquica o una severa de inadaptación social que requieren intervención psicológica, sin tener en cuenta la gran variedad de comportamientos que caben dentro de la definición de “violencia de género”. En un contexto que incluye desde un empujón aislado hasta el maltrato sistemático de la mujer durante muchos años de convivencia, parece desproporcionado despojar al juez de la posibilidad de ponderar la necesidad del tratamiento en función de las características personales del condenado y la gravedad del hecho cometido.

Y lo mismo sucede con la ineludible revocación de la suspensión de la pena ante cualquier incumplimiento de una de las reglas de imposición obligatoria. Desde el punto de vista de la prevención especial –que es el que debería prevalecer en este ámbito– no se encuentran motivos de peso para separarse aquí de los principios generales que reservan la revocación de la suspensión para los supuestos de incumplimiento reiterado. Ante la gran diversidad de conductas que abarca la violencia de género y la distinta gravedad que estas pueden representar, no parece justificado –ni

(100) Al respecto, ampliamente, FARALDO CABANA (2007) 139-194.

(101) Véase RUEDA MARTÍN (2006) 294-298.

(102) Véanse arts. 83.1 *in fine* y 88.1 *in fine*.

proporcionado (103)– eliminar la discrecionalidad judicial a la hora de decidir sobre los efectos de un incumplimiento. Obviamente, no es lo mismo la interrupción temporal de la terapia por quien ha sido condenado por una agresión aislada y poco significativa a su pareja, que la inasistencia pertinaz al tratamiento de quien, además, somete a la víctima a un acecho constante y peligroso. Sólo el juez puede valorar estas circunstancias. Optar por soluciones rígidas de fuerte contenido retributivo supone sacrificar los derechos del condenado en aras del exclusivo interés de la víctima –o peor aún: de lo que el Estado interpreta que es su interés–.

En conclusión, la insistencia en acudir a la vía punitiva para dar una respuesta contundente a la violencia de género ha desembocado en un sistema desequilibrado y abusivo que, además de no haber demostrado aún sus virtudes en términos de eficacia, ofrece ya algunos destellos de excepcionalidad que podrían llevarlo a un camino sin retorno.

Si en un primer momento tuvo sentido la creación de una figura de maltrato habitual para captar las situaciones de alto riesgo en la viven inmersas muchas mujeres a consecuencia de un clima permanente de humillación y agresividad, hace mucho tiempo que el legislador –y quienes le incitan desde su autoproclamada posición de representantes de todas las víctimas– (104) ha perdido el norte y se ha internado en la peligrosa rueda del punitivismo a ultranza y sin medida.

A la vista de los escasos resultados que se están consiguiendo, parece llegada la hora de indagar en otras alternativas menos represoras y más consecuentes con el discurso pacifista y renovador del feminismo, poniendo en primera línea el respeto de la autonomía de las mujeres y de su capacidad de decisión. Muchas de las bases para emprender este camino alternativo al Derecho penal ya están sentadas en la Ley Integral. Sólo hace falta ponerlas en marcha.

(103) LARRAURI (2007) 94.

(104) Sobre el papel del feminismo oficialista en las recientes reformas penales, MAQUEDA ABREU (2007).

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María (1999): *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ACALE SÁNCHEZ, María (2006): *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid.
- ASÚA BATARRITA, Adela (2004): “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 1, Universidad de Deusto, Bilbao.
- BARRERE UNZUETA, M.^a Ángeles (2004): “De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 51.
- BENÍTEZ, M. J. / RECHEA, C. (2003): “El cambio de actitud social y jurídica frente a los malos tratos”, *Boletín Criminológico*, n.º 68, Instituto Interuniversitario de Criminología, Málaga.
- BOLDOVA PASAMAR / RUEDA MARTÍN (2004): “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal”, en *Diario La Ley*, año XXV, n.º 6146, www.laley.net.
- BOLDOVA PASAMAR / RUEDA MARTÍN (coords.) (2006): *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona.
- CALVO GARCÍA, Manuel (2005): “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 2, Universidad de Deusto, Bilbao.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel (2006): “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona.
- CID MOLINÉ, José (2004): “Penas no privativas de libertad en la Ley Orgánica 15/2003”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 12.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2004): *Informe al Anteproyecto de la Ley Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer*, de 24 de junio.

- DEL ROSAL BLASO, Bernardo (2005): “La Política Criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?”, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003): *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid.
- ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique (2005): “Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja”, en *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid.
- EVANS, Mary (1998): *Introducción al pensamiento feminista contemporáneo*, Minerva Ediciones, Madrid.
- FARALDO CABANA, Patricia (2006): “Razones para la introducción de la perspectiva de género en el Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, n.º 17.
- FARALDO CABANA, Patricia (2007): “Tendencias de política criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, en *Política Criminal y Reformas Penales*, Tirant lo Blanch, 2007.
- GIMBERNAT, Enrique (2004): Prólogo a la décima edición del *Código Penal*, Tecnos, Madrid.
- GIMBERNAT, Enrique (2006): Prólogo al *Código Penal*, Tecnos, 12.ª edición.
- GÓMEZ NAVAJAS, Justa (2004): “La violencia en el ámbito familiar: ¿una reforma inacabada o inacabable?”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 11.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2007): “La intervención penal contra la violencia de género desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en Gómez Colomer (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género*, Publicaciones de la Universidad Jaume I, Castelló de la Plana.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José (2005): “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”, en *Estudios penales en*

- homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Editorial Dykinson, Madrid.
- LARRAURI, Elena (2003): “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 12, 271-307.
- LARRAURI, Elena (2006): “Populismo punitivo... y cómo resistirlo”, en *Jueces Para la Democracia*, n.º 55, 15-22.
- LARRAURI, Elena (2007): *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1999): “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 34.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (2004): “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, 827- 844.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (2005a): “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 07-08.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (2005b): “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (2006a): “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC)*, 08-02.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (2006b): “*La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004*”, en Cervilla / Fuentes (coords.), *Mujer, Violencia y Derecho*, Universidad de Cádiz, Cádiz.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007): “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?”, *Indret* 4/2007, www.indret.com.
- MEDINA, Juan José (2002): *Violencia contra la mujer en la pareja*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2007): “El populismo penal (Análisis crítico del modelo penal securitario)”, en *Jueces Para la Democracia*, n.º 58.

- MOLINA PETIT, Cristina (2003): “Género y poder desde sus metáforas. Apuntes para una topografía del patriarcado”, en *Del sexo al género*, Cátedra, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2005): *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- OROBIGT, Gemma (2003): “Sexo, género y antropología”, en *Del sexo al género*, Cátedra, Madrid.
- OSBORNE, Raquel (coord.) (2005): *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED, Madrid.
- PITCH, Tamar (2003): *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid.
- RUBIO, Ana (2004): “Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.
- RUEDA MARTÍN, Ángeles (2006): “Modernas tendencias punitivas y preventivas en el ámbito de la violencia doméstica y violencia de género”, en *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, Barcelona.
- SÁEZ VALCÁRCEL, Ramón (2007): “Una crónica de tribunales. La justicia penal en la estrategia de la exclusión social”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 58.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2001): *La expansión del Derecho penal*, 2.ª edición, Civitas, Madrid.
- SOTO NAVARRO, Susana (2005): “La delincuencia en la agenda mediática”, en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 112, 75-130.
- TUBERT, Silvia (ed.) (2003): *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*, Cátedra, Madrid.