

Algunos aspectos controvertidos de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, culmina un proceso de reformas legales, tanto estatales como autonómicas, encaminadas a erradicar la violencia ejercida contra la mujer.

El Preámbulo de dicha Ley declara: «La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia dirigida contra las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas por sus agresores carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.»

En los últimos años se han conseguido algunos avances, tal vez el más importante haya sido situar en el debate público un problema hasta ahora considerado de orden privado, doméstico, de «violencia invisible», para pasar a analizarlo como ataque a los derechos fundamentales de las mujeres, de sus libertades individuales, de su dignidad y autodeterminación.

Esta conquista, se debe en gran medida a las feministas de finales de los años sesenta, quienes con la afirmación de «lo personal es político»¹, pretendían no sólo llegar al espacio público, sino evidenciar que no debían seguir existiendo espacios ocultos, excluidos, invisibles, espacios privados en los que en ocasiones ni tan siquiera se aplicaba la ley, permitiendo la largamente silenciada violencia de género, conseguir en fin que la violencia contra las muje-

* Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Celia Amorós, *Historia del pensamiento feminista*, Instituto de Investigaciones Feministas, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

res se abordara como un problema público que como tal, requiere la implicación de todos los sectores de la sociedad, para su erradicación. Vincular lo personal con lo político sigue siendo un lema de máxima actualidad, a la vez que el punto clave para tomar medidas que irradian en todos los ámbitos de la vida y hacer posible que la igualdad no se circunscriba a espacios acotados ².

Partimos, pues, de que la violencia contra las mujeres no es, ni mucho menos, una realidad nueva; John Stuart Mill en su Ensayo *The Subjection of Women* (1869) escribió: «La mujer es la única persona que, después de probado ante los jueces que ha sido víctima de una injusticia, se queda entregada al injusto, al reo. Por eso las mujeres apenas se atreven, ni aún después de malos tratamientos muy largos y odiosos, a reclamar la acción de las leyes que intentan protegerlas; y si en el colmo de la indignación o cediendo a algún consejo recurren a ellas no tardan en hacer cuanto es posible para ocultar sus miserias, por interceder a favor de su tirano y evitarle el castigo que merece.» Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, más de ciento treinta años, aún tiene plena actualidad. Lo único realmente nuevo es el significado social que se le atribuye en la actualidad. Estamos asistiendo al paso de la cultura de la resignación y la subordinación, a la de la igualdad y la emancipación. La violencia de género, por fin, ha dejado de tener la consideración de un fenómeno aislado que afectaba sólo a algunas mujeres, ha dejado de ser un problema de índole privada, circunscrito al ámbito de lo doméstico para alcanzar un reconocimiento de universalidad. Queda, no obstante, mucha distancia por recorrer, la que nos separa de la tan anhelada tolerancia cero contra los malos tratos.

El camino ha sido largo, debemos remontarnos a 1975 cuando en la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en México, se aborda la problemática de la violencia contra las mujeres. En 1979, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), los Estados partes se muestran preocupados al comprobar que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones; así, el artículo 5 de la Convención obliga a los Estados a tomar medidas para la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que están basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres, y el artículo 2.b) dispone que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer. Dicha Convención entra en vigor el 3 de septiembre de 1981, siendo ratificada por España en 1984.

En la Conferencia de Nairobi de 1985, se debatió de nuevo el tema del maltrato, y tuvo su repercusión en España creándose, un año después, la

² Asunción Ventura, «Las mujeres, la Constitución y el Derecho de Familia», en la obra *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000, p. 468.

Ponencia de Investigación de Malos Tratos a Mujeres dentro del ámbito doméstico en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, que emitirá el primer informe oficial en 1987 ³.

En 1992 el Comité de la ONU para erradicar la Discriminación contra la Mujer adopta la Recomendación 19 sobre la Violencia contra la Mujer. Esta recomendación declara que dicha violencia es una forma de discriminación contra la mujer que refleja y perpetúa su subordinación, y solicita que los Estados eliminen la violencia en todas las esferas. Exige que todos los países que ratificaron la CEDAW preparen informes para el Comité de la ONU cada cuatro años e incluyan información acerca de las leyes y la incidencia de la violencia de género, así como las medidas tomadas para detenerla y eliminarla. Un año más tarde, en 1993, la Conferencia sobre los Derechos Humanos celebrada en Viena reconoce que la violencia contra las mujeres y niñas constituye una grave violación de los derechos humanos y la Comisión de los Derechos Humanos de la ONU nombra a la primera Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, lo cual permite recibir denuncias e iniciar investigaciones sobre la violencia contra las mujeres en todos los países miembros de la ONU.

En 1995, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de la ONU, celebrada en Beijing, se afirma que «la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que han conducido a la dominación masculina, a la discriminación contra las mujeres por parte de los hombres y a impedir su desarrollo, que tiene como resultado posible o real un daño de violencia física, sexual o psicológica, ya se produzcan en la vida pública como privada», «... la violencia contra las mujeres es el crimen encubierto más numeroso del mundo...», «la violencia hacia las mujeres es un obstáculo para alcanzar los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia hacia las mujeres viola y anula la libertad fundamental de disfrutar sus derechos humanos básicos».

Como expone la profesora Teresa Freixes ⁴, también en el proceso de integración europea, desde el tratado de Ámsterdam que introduce la «Europa de los ciudadanos», se consigue que la igualdad real se plasme en los nuevos Tratados Comunitarios.

El informe de julio de 1997 del Parlamento Europeo que da lugar a la campaña —tolerancia cero— contra la violencia de género, que se desarrolla en el año 1999 (declarado «Año europeo contra la violencia hacia las mujeres») en la Unión Europea, considera que «de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados miembros que no apliquen una política adecuada que prevenga y persiga la violencia contra las mujeres están incumpliendo sus obligaciones internacionales con arreglo a esta Declaración». Las campañas desarrolladas en los quince países miembros de la Unión Europea promueven la supresión absoluta de la tolerancia respecto a la violencia de género. Se trataba de difundir la campaña emprendida en los quin-

³ Boletín Oficial del Senado, núm. 313, de 12 de mayo de 1989.

⁴ Teresa Freixes, «La igualdad entre mujeres y hombres», en la obra *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

ce países miembros de la Unión Europea para erradicar la violencia contra las mujeres, a fin de promover el cambio del papel en la sociedad, y su acceso a la educación y al trabajo ⁵.

La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos dada en 1997, también de Naciones Unidas, «condena todos los actos de violencia sexista contra la mujer, exige que se elimine la violencia sexista en la familia y en la comunidad y pone de manifiesto el deber de los Gobiernos de actuar con la necesaria diligencia para prevenir, investigar y, de conformidad con la legislación nacional, castigar los actos de violencia contra la mujer y proporcionar a las víctimas el acceso a unos medios de reparación justos y eficaces y a una asistencia especializada». Exhorta a los Estados a «condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o práctica por motivos religiosos para eludir esa obligación», «adoptar medidas para erradicar la violencia en la familia y en la comunidad», «reforzar en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar cualquier forma de violencia infringidas a mujeres y niñas», «mejorar la formación del personal judicial, jurídico, médico, social, pedagógico, y de policía e inmigración para evitar los abusos de poder que dan pie a la violencia contra la mujer y sensibilizar a esas personas en cuanto a la naturaleza de los actos y las amenazas de violencia sexista, para conseguir que las mujeres víctimas reciban un trato justo», «enmendar los Códigos Penales cuando sea necesario para garantizar una protección eficaz contra la violación, el acoso sexual y otras formas de violencia sexual contra la mujer» y, por último, entre otras muchas consideraciones, recuerda a los Gobiernos «que las obligaciones que les impone la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer deben aplicarse plenamente en relación con la violencia de género».

Finalmente, el 10 de marzo de 2005 la Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento de la Plataforma de Acción Beijing +10 señala la necesidad de un verdadero compromiso político para conseguir erradicar la violencia contra las mujeres.

En nuestro país, la toma de conciencia ciudadana de este tipo de violencia no ha sido fácil y evidenciar la escasez de medios legales para hacerle frente, tampoco ⁶; se ha necesitado recorrer un largo camino hasta la aprobación por unanimidad, lo que es indicativo de su gran trascendencia, de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Muchas han sido las modificaciones legislativas en los últimos años hasta llegar a la Ley actual. En 1989 se promulga la LO 39/1989, de reforma del Código Penal de 1973, con la redacción del artículo 425, que tipificaba el

⁵ En España, el Defensor del Pueblo publicó en 1998 un trabajo monográfico sobre la violencia contra las mujeres, con la formulación de 54 recomendaciones, fruto de un Informe especial que se presentó en las Cortes.

⁶ Ya en 1984 se realizan desde el Instituto de la Mujer las primeras campañas de difusión sobre el problema y la promoción de estudios e investigaciones sobre la situación de los malos tratos en España. Comienzan también a crearse los primeros centros de acogida en diversas provincias españolas.

delito de violencia intrafamiliar, estableciendo: «El que habitualmente y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unida con análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho será castigado con la pena de arresto mayor», delito que exigía la concurrencia de la habitualidad en la agresión y que fue precedente inmediato del artículo 153, que se introdujo en el Código Penal de 1995. El principal problema que aparecía en la interpretación del artículo 425 del Código Penal lo constituía la detección de la habitualidad, pues normalmente las distintas lesiones concretas que integraban el delito de maltrato habitual se estaban conociendo por órganos judiciales distintos, de manera que las sentencias judiciales que recaían por hechos de escasa gravedad constitutivos de falta, impedían, por una interpretación jurídica del principio *non bis in idem*, que posteriormente dichos hechos pudieran ser considerados en una visión más general.

Con el fin de aumentar la protección de las víctimas de malos tratos, por LO 14/1999, de 9 de junio, se amplió la protección a supuestos en que había desaparecido el vínculo matrimonial y se añadió dentro del tipo la violencia no sólo física, sino también psíquica, a los efectos de este delito. El primer problema que aparece es llegar a interpretar qué se entiende por violencia psíquica, pues si bien existe acuerdo sobre lo que se entiende por violencia física (lesión, acometimiento), sobre la violencia psíquica, para un sector de la doctrina consistía en atentados contra la integridad psíquica o salud mental, y para otro debía identificarse con atentados a la libertad, esto es, amenazas y coacciones, e incluso injurias y calumnias.

Por Ley 27/2003, de 31 de julio, se regula la orden de protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, reconociendo que la violencia de género exige una respuesta global y coordinada de todos los poderes públicos.

Por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se tipificó el delito de violencia doméstica habitual como delito contra la integridad moral. Con la reforma por Ley Orgánica 11/2003 se suprime la falta del artículo 617.2.2.º, de manera que toda violencia física ejercida sobre los sujetos pasivos enumerados en el artículo 173.2, aunque se trate de un hecho aislado y no llegue a causar lesión, quedara tipificado como delito en el artículo 153 del Código Penal. A estas medidas sustantivas se le añadieron medidas procesales, como la reforma de la prisión provisional por Ley Orgánica 13/2003.

Creo que todos estaremos de acuerdo en que la respuesta penal, aun siendo necesaria para castigar al culpable del delito, por sí sola no es la solución a este grave problema si no va acompañada de una respuesta institucional integral, pues la justicia interviene cuando ya se ha producido un daño, pero tiene pocas funciones preventivas. El problema de la violencia doméstica es un reto planteado a toda la sociedad en muchísimos ámbitos, de aquí la necesidad de la Ley Integral, en primer lugar para concentrar la dispersión normativa al respecto, poner de manifiesto que la violencia de género afecta a los

derechos fundamentales y su especificidad frente a otras conductas violentas y sobre todo establecer no sólo medidas represivas, sino también preventivas en distintos ámbitos.

Cuando finalmente se presenta el proyecto de Ley Integral de Medidas contra la Violencia de Género, si bien, por una parte, ante las alarmantes y crecientes cifras de mujeres víctimas de maltrato, hay una aceptación general de la Ley por su intento de abordar el problema de manera global, con medidas de sensibilización, prevención y detección de la violencia dirigidas a distintos ámbitos (educación, medios de comunicación, publicidad, sanidad) hasta el esfuerzo por dar una respuesta eficaz del sistema penal para la persecución de los actos de violencia contra las mujeres, por otra también recibe muchas críticas desde distintos frentes.

Así, el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre la Ley, si bien reconoce que la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91,1 por 100 de los casos), niega, sin embargo, que el binomio hombre/mujer sea equivalente a una relación de dominación. Por esto señala que «la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante» y añade que no se encuentra una explicación razonable, al margen del dato puramente estadístico, para orientar la tutela penal y judicial, amén de otras medidas educativas y sociales, exclusivamente a la mujer en razón de su sexo, sin que tampoco se justifiquen determinadas medidas de acuerdo con la teoría de la discriminación positiva»⁷.

También el Consejo de Estado informó desfavorablemente⁸, al considerar que el enfoque limitado a las mujeres del Anteproyecto podía significar una diferencia de trato irrazonable, desproporcionado y arbitrario respecto a las demás víctimas de la violencia, que vulneraría el artículo 14 de la Constitución. Y a fin de superar este obstáculo aboga por ampliar el ámbito a las víctimas de la violencia, que, según el informe, cabría denominar «doméstica», «familiar», de pareja, etc., pero no de género, argumentando por una parte, que con esta formulación de carácter más general el efecto práctico sería el mismo, porque en realidad se aplicaría en mucha mayor proporción a mujeres víctimas de violencia que a hombres y a su vez se le daría un encaje constitucional, y, por otra, que en nuestro país no se puede hablar de una

⁷ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la Violencia ejercida contra la Mujer, Consejo General del Poder Judicial de junio de 2004. El voto particular a dicho informe pone de manifiesto que la mayoría del CGPJ informa desfavorablemente el Anteproyecto de Ley, negando la existencia de la «cultura machista o sexista» como problema social, niega la historia misma, niega la «violencia de género», es decir de hombres contra mujeres, fruto de las relaciones de dominio y posesión que históricamente han ejercido aquéllos sobre éstas.

⁸ Informe del Consejo de Estado, junio de 2004.

Hace notar Nuria Varela que el Consejo de Estado no cuenta con ninguna mujer entre sus ocho consejeros permanentes, ni entre los siete consejeros natos ni tampoco entre los diez consejeros electivos. Y añade: «al cúmulo de críticas se añadió la juez decana de los Juzgados de Instrucción de Barcelona, asegurando que las mujeres ponían denuncias falsas tan sólo para conseguir mejoras en sus divorcios, aunque no aportaba ningún dato que avalara dicha afirmación», en *Feminismo para principiantes*, ediciones B, 2000, p. 261.

dimensión estructural de la violencia que sufren las mujeres por el hecho de serlo, sino que entre nosotros el problema a corregir es la violencia sufrida por ciertas mujeres por el hecho de relacionarse o haberse relacionado con ciertos hombres de características agresoras. Como consecuencia de tales críticas, el legislador amplió la protección a menores e incapaces que se encuentren en su entorno familiar.

Bien, a pesar de las críticas recibidas por distintos sectores, finalmente se aprobó por unanimidad la Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género, Ley que, a pesar de las posibles deficiencias que pueda tener, en mi opinión, ha supuesto un salto cualitativo y cuantitativo, al dar una respuesta global, para acabar con dicha violencia.

Se ha sustituido la expresión «violencia doméstica» por la de «violencia de género», expresión utilizada en los organismos internacionales, que expresa las agresiones contra las mujeres como fórmula para mantener su rol tradicional de obediencia y sumisión, a diferencia de la violencia doméstica, que se refiere tan sólo a la que se ejerce en el hogar entre los distintos integrantes de la familia. El concepto de violencia doméstica hace hincapié en la privacidad, por lo que la persecución de dichos delitos está implícitamente supe-
ditada a la denuncia de la persona agraviada, mientras que el concepto de violencia de género deposita el deber de tutela en los poderes del Estado igual que cualquier otro delito perseguible de oficio; es el Estado quién está en el deber de prevenir, proteger a la víctima y sancionar el delito ⁹.

Con la nueva Ley, nos encontramos ante un delito perseguible de oficio, de forma tal que, interpuesta la denuncia, aunque posteriormente sea retirada, ello no paraliza el proceso, pues el perdón de la ofendida no extingue la responsabilidad criminal del agresor. No obstante, a pesar del esfuerzo realizado en los últimos años a través de las campañas de concienciación y reformas legislativas para tutelar a las víctimas de estos delitos, muchas mujeres siguen sometidas, con miedo a denunciar (un 70 por 100 de las mujeres asesinadas no formularon denuncia), o con dificultades para mantener la denuncia.

Así, una vez interpuesta la denuncia por la víctima, ésta tiene la obligación de declarar ante el juez de instrucción y ante el juez de lo penal en el juicio oral, de acuerdo a los artículos 707 y 410 de la LECr. Puesta en marcha la maquinaria de la justicia, aunque se renuncie a la acción penal, la persecución del delito sigue adelante porque la acción la ejercita el Ministerio Fiscal. El problema surge porque en la mayoría de los casos estamos ante hechos que se producen sin más testigos que la propia víctima, y a no ser que existan partes médicos que objetiven el delito, si ésta se niega a declarar en el plenario, en numerosas ocasiones, el efecto es el mismo que si retirase la denuncia, por cuanto el juez que debe valorar los hechos se encuentra carente de prueba que enerve la presunción de inocencia del acusado, debiendo dictar una sentencia absolutoria por falta de prueba.

⁹ María Durán, «La Ley contra la Violencia de Género en el contexto internacional», en *Revista Temas*, núm. 133, diciembre de 2005.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 741 de la LECr, cuando una persona tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictivo tiene la obligación de prestar declaración en el juicio oral sobre lo que supiere de lo que le fuera preguntado. Si la víctima, como principal testigo no comparece al acto del juicio, el juez puede proceder a la suspensión del mismo si considera que no puede prescindir de su testimonio porque es esencial. Sin embargo, esta obligación inexcusable de declarar se trunca en muchos casos, por aplicación del artículo 416 de la LECr, que establece la dispensa por razón de parentesco con el acusado. El problema reside en saber si dicha dispensa abarca o debe aplicarse a los delitos de violencia de género ¹⁰. Lo cierto es que este artículo nada dice al respecto, pero en buena lógica su aplicación resulta contradictoria con la voluntad del legislador y el espíritu de la Ley Integral de Protección de las Víctimas de Violencia de Género. En primer lugar, porque la víctima es quien ha puesto la denuncia contra la persona con la que está ligada por razones de parentesco y resulta de todo punto de vista contradictorio que después pueda ampararse en la dispensa por razón de parentesco para no declarar, pues no estamos ante cualquier testigo, sino ante la víctima que ha denunciado el hecho que se va a enjuiciar y en muchos casos el único testigo. En segundo lugar, de acuerdo al artículo 261 de la LECr, la víctima está eximida de la obligación de denunciar ante el juez la perpetración de un delito cuando exista con el acusado una relación de parentesco, o sea, que la presentación de la denuncia ante la autoridad es voluntaria, pero entonces, si voluntariamente se interpone denuncia, ésta debería implicar la renuncia a ampararse en la dispensa por razón de parentesco para no declarar, porque de no ser así estaríamos ante un fraude de ley, quizás motivado por miedo de la víctima o porque le ha perdonado y quiere reanudar la convivencia, pero independientemente de los motivos que lleven a la víctima a no declarar por razón de parentesco, consideramos que dan lugar a un abuso de derecho, puesto que ya se ha puesto en marcha la maquinaria de la justicia y posteriormente se actúa como si se intentara retirar la denuncia o cambiar la declaración para no inculpar al acusado, pero de manera más cómoda, ya que en el último caso podría ser imputada por un delito de falso testimonio y, sin embargo, amparándose en la dispensa del artículo 416, no hay consecuencias legales para la víctima, quien con su actuación produce los mismos efectos que si se tratase de un delito privado sólo perseguible a instancia de parte, como si el perdón del ofendido extinguiese la responsabilidad del acusado. Y a su vez, la aplicación de la dispensa puede provocar un aumento de presiones a la víctima por parte del presunto agresor. Por lo expuesto consideramos que el artículo 416 de la LECr no debería ser de aplicación en los casos de violencia de género.

Otro problema que suscita dicha Ley es su posible inconstitucionalidad, considerando por parte de algunos sectores, que atenta contra el principio de igualdad.

¹⁰ Vicente Magro Servet, «La renuncia de las víctimas de violencia de género denunciantes a declarar en la instrucción o en el juicio oral contra sus agresores: ¿Estamos ante un síndrome de Estocolmo?», *La Ley*, núm. 6333, octubre de 2005.

En primer lugar, es conveniente puntualizar que la violencia de género es la principal violencia que existe en España en número de muertes y constituye un atentado intolerable de los derechos fundamentales de las mujeres, contra su libertad, su seguridad, su derecho a la vida y a la integridad física y moral; en suma, contraria a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 CE, que exige como respuesta, unas eficaces políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y de protección.

Como es sabido, nuestro texto constitucional configura la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), consagra el principio de igualdad ante la Ley en su artículo 14 (que abarca tanto la igualdad en la Ley como la igualdad ante la Ley) que incluye la prohibición de discriminación y, por último, viene configurada como igualdad material en el artículo 9.2, estableciendo un mandato a los poderes públicos para que remuevan los obstáculos que impidan o dificulten la igualdad real y efectiva. En consecuencia, la igualdad debe interpretarse a la luz de todos estos preceptos.

El legislador, por tanto, está constantemente clasificando a los ciudadanos en razón de muy diversos factores y asignando diferentes estatutos jurídicos en función del colectivo en que cada uno de los individuos se integren y así lo puede hacer si existe una justificación objetiva y razonable. El legislador puede establecer diferencias de trato entre distintos grupos de ciudadanos, a fin de alcanzar la verdadera igualdad, siempre que esta diferencia sea proporcionada al fin que se pretende alcanzar. Ello se traduce en un conjunto de leyes en las que se establecen consecuencias jurídicas distintas para aquellos sectores de población que se encuentran en situaciones sociales diferentes, sin que se vulnere por ello el principio de igualdad, tal y como ha tenido ocasión de ponerlo de manifiesto el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias en lo que ha denominado el derecho desigual igualatorio¹¹, encaminado a equilibrar las distintas situaciones con el fin de superar las desigualdades existentes, en especial cuando, como ahora, estamos ante graves atentados contra la vida, la integridad física y psíquica, la libertad y en definitiva contra la dignidad. La igualdad efectiva es remediar la situación de desigualdad. Ése es el propósito de esta Ley. De no ser así, se vulneraría el derecho a la no discriminación en los supuestos en los que no se aplicase un trato distinto a personas cuyas situaciones sean sensiblemente diferentes¹².

La constitucionalidad o inconstitucionalidad de la Ley en este punto, dependerá de si consideramos que en nuestra sociedad perdura una situación real discriminatoria hacia la mujer por su situación de subordinación hacia el

¹¹ STC 229/92, de 14 de diciembre: «No cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios... La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un derecho desigual igualatorio, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes...» En la misma línea, STC 28/1992, de 9 de marzo: «No puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida, antes al contrario, la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial.»

¹² TEDH Sentencia de 6 de abril de 2000, caso Thlimmenos contra Grecia.

hombre o bien dicha situación se halla ya superada. Sin embargo, si atendemos a los alarmantes datos que van apareciendo cada año sobre víctimas por violencia de género ¹³, debemos concluir que no se trata de una diferenciación injustificada, sino objetivamente razonable. La situación reflejada en tales datos evidencia la necesidad de las medidas adoptadas en la Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género para acabar con la histórica situación de desigualdad. Así, como bien expone el Fiscal General del Estado ¹⁴ «la causa justificativa proviene, por tanto, de la mano de una realidad social que pone de manifiesto cómo la violencia del hombre contra la mujer en el ámbito de la pareja —a diferencia del supuesto contrario— constituye un problema de primera magnitud en nuestro país, que reclama políticas de igualdad dirigidas a corregir esa situación asimétrica de dominio».

No obstante, los mayores ataques a la Ley van dirigidos a la tutela penal. Las novedades al respecto consisten en: a) una agravación del delito de lesiones cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa, mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; b) se eleva a la categoría de delito las amenazas y las coacciones leves, y c) se sanciona con pena privativa de libertad el quebrantamiento de la pena del artículo 48 del Código Penal (alejamiento en sentido amplio o medida cautelar) cuando el ofendido sea una de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del CP.

El hecho de que aparezca el sexo del agresor es considerado por muchos sectores como discriminatorio y, por tanto, de difícil encaje en nuestro texto constitucional. Así se ha puesto de manifiesto en varias cuestiones de inconstitucionalidad ¹⁵ interpuestas contra la Ley basadas en la posible vulneración de derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, no discriminación por razón de sexo y dignidad humana, al considerar que el hecho de señalar mayor pena para las lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones inflingidas por los hombres contra las mujeres con las que están vinculados por una relación matrimonial o análoga, es inconstitucionalidad. No obstante, la presente Ley no establece la agravación punitiva exclusivamente en el ámbito de la violencia de género, sino que se extiende a las víctimas vulnerables en el ámbito de las relaciones familiares y en tales casos ya no se tiene en cuenta el sexo del agredido. Además, la relación sujeto dominante-subordinado ha sido contemplada por el Derecho penal en varias ocasiones, pues tradicionalmen-

¹³ En los últimos 13 semestres se han producido 519 asesinatos/homicidios de mujeres en España, lo que supone una media de casi 7 muertes al mes, según el Informe de tasa y tendencia de asesinatos de mujeres en España elaborado por la Fundación Mujeres (junio de 2005). Un total de 12.660 mujeres han sufrido lesiones por malos tratos inflingidos por sus cónyuges desde que se inició el año, según datos aportados por el Ministerio del Interior (diciembre de 2005).

¹⁴ Conde Pumpido, Fiscal General del Estado, oponiéndose a los argumentos esgrimidos en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional.

¹⁵ La juez de Murcia, María Poza, plantea cuestión de inconstitucionalidad invocando que la Ley puede vulnerar tres artículos de la Constitución, referidos a la igualdad ante la ley (art. 14), la dignidad de la persona (art. 10.1) y la presunción de inocencia (art. 24.2). También el juez de lo Penal de las Palmas, Salvador Alba, ha interpuesto cuestión por motivos análogos, alegando que la Ley discrimina al hombre por razón de sexo.

te la realización del comportamiento ilícito abusando de la superioridad expresa una mayor reprochabilidad de la conducta.

Además el juez no debe aplicar siempre la pena de prisión, sino que tiene como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad, de modo que la pena de prisión no es de imposición obligatoria.

El hecho de que la Ley contemple delitos específicos en los que el sujeto activo es el hombre y el sujeto pasivo la mujer (esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por lazos afectivos con o sin convivencia), llevan a parte de la doctrina a considerar que nos hallamos en un Derecho penal de «autor»¹⁶ que determinaría las penas en atención a la personalidad del reo y no sobre la base de los resultados del hecho delictivo, conculcándose los principios de proporcionalidad y de culpabilidad como principios básicos en el que se asienta en Derecho penal y consideran también que se vulneraría el principio de igualdad por cuanto ante unos mismos hechos se castigaría de forma distinta según quién sea el autor y quién sea la víctima¹⁷, de forma tal que esa discriminación a favor de la mujer no debe perjudicar a alguien por ser hombre, porque el castigo más severo de conductas cuando son cometidas por un hombre en nada favorece la igualdad de oportunidades para la mujer, entendiéndose que no resulta viable establecer una superprotección de la libertad de la mujer, a costa de una mayor restricción de la libertad del varón, como la que deriva del endurecimiento de la pena prevista en el tipo penal.

Sin embargo, en la violencia de género más que un ánimo *laedendi* en el agresor, se da un ánimo *dominandi*¹⁸, donde la violencia es el instrumento para mantener la subordinación de la mujer a la autoridad del hombre. El problema aparece entonces en la referencia al elemento intencional, más difícil de valorar por los aplicadores del derecho, que unas lesiones fácilmente objetivables.

No obstante, esta mayor dificultad no debe suponer su total exclusión, pues no sería el único tipo delictivo que englobara una referencia intencional o elemento subjetivo como «ánimo de lucro», «a sabiendas», «los que... promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas... o las posean con aquellos fines», delitos de peligro abstracto o peligro eventual. En estos casos, el elemento subjetivo del injusto es un elemento indeterminado que encierra una inferencia que debe apoyarse en las circunstancias concurrentes en cada supuesto y al parecer no existe problema alguno en la valoración de estos tipos, ¿por qué entonces se encuentran tantas objeciones en la aplicación de delitos de violencia de género? Asimismo, el legislador penal

¹⁶ Incluso algunos autores lo califican como «Derecho Penal del Enemigo»; véase en este sentido Felipe Pérez del Valle, «La regulación de la violencia doméstica como derecho penal del enemigo», en *Temas de Actualidad*, abogacía española.

¹⁷ En este sentido la juez de Murcia en su cuestión de inconstitucionalidad afirma que no beneficia a las mujeres que los hombres pasen más tiempo en la cárcel y añade: «Sólo desde una vocación demagógica puede despreciarse, con la gravedad añadida de hacerlo en una norma penal, la responsabilidad que las mujeres hemos tenido y seguimos teniendo en la pervivencia de la desigualdad.»

¹⁸ Alberto Manuel López López, «La Violencia de Género y sus autores en la nueva Ley de Protección integral», *La Ley*, núm. 6320, septiembre de 2005.

en algunas ocasiones tipifica la misma conducta delictiva haciendo corresponder efectos distintos según quién sea el autor, sin que por ello se hayan despertado tantos recelos. Ciertamente, no tiene las mismas consecuencias penológicas si una conducta la realiza un mayor de edad que si la realiza un menor, o bien, como afirma María Luisa Balaguer ¹⁹, ya hay en el Código Penal delitos que existen en función de quien los sufre o quienes los produce: «Si tú pegas una bofetada a un compañero de trabajo no es lo mismo que si se la das al presidente del Gobierno», ejemplifica, «lo mismo ocurre si eres un empresario y agredes a tu empleado».

Pero es que, además, la Ley no castiga al hombre por ser hombre, sino que considera de mayor reproche la actitud del varón que somete a la mujer a una situación de auténtica desigualdad y discriminación «siendo o habiendo sido su marido o estando o habiendo estado ligado a ella por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia», pero no se aplica el agravamiento de las penas frente a cualquier ataque de un hombre a una mujer ²⁰ sino cuando la violencia se produce en la concreta relación de pareja o expareja, o sea, cuando exista este «vínculo» entre agresor y víctima. A nuestro entender, este precepto no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados, sino que persigue una mayor protección de los mismos, ya que, según la jurisprudencia constitucional, no toda diferencia de trato implica discriminación. Así, «el trato igual a situaciones desiguales no conducirá nunca a la consecución de la igualdad, de suerte que sólo el trato desigual a situaciones de desigualdad conducirá al logro de la igualdad» ²¹.

Y en este caso la magnitud del problema evidencia que la protección de la mujer ante los actos de maltrato requiere la adopción de «medidas distintas», porque la víctima de malos tratos no es igual a las demás, que las que se han de adoptar para proteger en general a las víctimas.

Nos parece razonable la opción del legislador por establecer un «plus de protección» para aquellas mujeres que se encuentran en estas situaciones, siempre que dichas medidas aparezcan respetuosas con el principio de proporcionalidad, pues responde al mandato constitucional que el artículo 9.2 dirige a los poderes públicos, obligados a eliminar los obstáculos que impiden la realización de los derechos fundamentales, en este caso los de las mujeres que sufren violencia por sus maridos o compañeros.

Independientemente de cuál sea la interpretación que el Tribunal Constitucional dé a estas cuestiones de constitucionalidad planteadas, lo cierto es que hasta ahora ha venido declarando que la legitimidad constitucional en el

¹⁹ M.^a Luisa Balaguer, catedrática de Derecho Constitucional y una de las redactoras de la Ley en www.redfeminista.org.

²⁰ Así, por ejemplo, si un hombre sustrae el bolso a una mujer la pena a imponer será la misma que si una mujer roba la cartera a un hombre.

²¹ Ante el gran número de sentencias absolutorias, o la consideración de que hechos graves de amenazas o violencias se considerasen sólo como faltas, junto a la calificación de estos hechos a la baja, quizás por la tradicional concepción de que los hechos que se cometen dentro de la familia eran extraños a los aplicadores del Derecho, el legislador se vio en la necesidad de endurecer las penas para los agresores, estableciendo de manera específica la respuesta penal a este tipo de violencia.

establecimiento de diferencias ha de realizarse con un test de igualdad sobre la razonabilidad y la finalidad que la norma persigue y teniendo en cuenta lo manifestado por el Tribunal en el Auto por el que se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Vicente del Raspeig en relación con el artículo 153 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, consideramos que los preceptos de la Ley no vulneran la Constitución. Según el Tribunal Constitucional, «ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), o, también entre otros, la protección de la familia (art. 39), no cabe dudar de la idoneidad de las sanciones previstas en el precepto cuestionado, al tratarse de medidas que con toda seguridad pueden contribuir a evitar, como con ellas, y en especial con la pena de prisión, ha pretendido el legislador según ha quedado explicitado en la exposición de motivos de la Ley, la realización de actos de violencia doméstica, persiguiendo en lo posible su erradicación, y a alcanzar y asegurar la mejor y más adecuada protección de las víctimas y una pacífica convivencia en el ámbito doméstico.

En el presente caso el legislador pretende responder ante este concreto fenómeno criminal con una agravación de las penas cuando la víctima de las violaciones sea esposa o análoga, y si bien podía haber evitado la polémica por el camino de convertir en delitos lo que son faltas contra las personas, con independencia de quién fuera la víctima, lo cierto es que no lo ha hecho, para resaltar la magnitud del problema de subordinación de las mujeres que trata de erradicar. Se trata, en definitiva, de una opción de política criminal que consideramos legítima y acorde con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.