

25
años

 **UCLM**
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca



Documento de trabajo

SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

MUJER Y VIOLENCIA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL MÉTODO, OBJETO Y EVOLUCIÓN POLÍTICO-LEGAL

Silvia Valmaña Ochaita

SPCS Documento de trabajo 2010/6

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca | Avda. de los Alfares, 44 | 16.071-CUENCA
Teléfono (+34) 902 204 100 | Fax (+34) 902 204 130

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

Silvia Valmaña Ochaita

Silvia.Valmaña@uclm.es

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca

Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Directora: Silvia Valmaña Ochaita

Secretaria: María Cordente Rodríguez

Avda. de los Alfares, 44

16.071–CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

MUJER Y VIOLENCIA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL MÉTODO, OBJETO Y EVOLUCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Prof. Dra. Silvia Valmaña Ochaita¹

Facultad de Ciencias Sociales (Cuenca) – Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

En los últimos años hemos sido testigos de cómo las reformas legales que en materia de violencia de género se han ido sucediendo en nuestro país, han dado un gran fruto en lo que a concienciación social se refiere. Sin embargo, la eficacia jurídica de las mismas es aún cuestionada, las decisiones judiciales a menudo son contradictorias, y el nivel de violencia es cada vez mayor, o al menos, más visible. Este trabajo intenta una aproximación al estudio de esta materia desde una perspectiva metodológica, en la convicción de que el cómo se estudia un problema constituye uno de los más importantes elementos a la hora de encontrar la solución al mismo. Además, analizar la violencia como objeto de estudio y las líneas de evolución de la legislación española en esta materia se convierten en elementos de primer orden para entender la respuesta penal en España al fenómeno de la violencia contra la mujer.

Palabras clave: Violencia contra la mujer, violencia doméstica, violencia familiar, violencia de género, Metodología jurídica.

Indicadores JEL: K14, K42.

ABSTRACT

In the last years we have been witnesses of how the legal reforms about gender violence have been followed one another in our country, and how they were fruitful in the social conscience. Nevertheless, the legal effectiveness of the reforms is still questioned, the judicial decisions often are contradictory, and the violence level is

¹ Dirección para correspondencia, Silvia.Valmana@uclm.es

greater than ever or, at least, more visible. This work tries an approach to the study of this matter from a methodological perspective, in the conviction that it is how to study a problem is one of the most important elements at the time of finding the solution. In addition, it is useful to analyze the violence as a study matter, as well as the lines of evolution of the Spanish legislation, and this way they become elements of first order to understand the criminal response to the phenomenon of the violence against the woman in Spain.

Key words: Violence against women, domestic abuse, family violence, gender violence, Juridical Methodology.

JEL-code: K14, K42.

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones que se establecen entre la mujer y la violencia no son algo reciente. Desde hace mucho tiempo, algunos autores han analizado esta relación, desde el punto de vista de la criminología y de la sociología. Así, Lombroso en su trabajo “La donna delinquente, la prostituta e la donna normale” (1893) asienta el criterio de la criminalidad natural de la mujer por el mero hecho de serlo, por tratarse de un ser más primitivo y elemental que el hombre, más salvaje y pegado a la naturaleza, frente a otras concepciones que presentan a la mujer como un ser seráfico y con efectos civilizadores frente al hombre hormonalmente violento (sobre estas cuestiones, vid. ampliamente en Muchembled, 2010).

Los estudios que abordan el papel de la mujer dentro de la victimología son, en su mayoría tributarios también de la categorización lombrosiana (De La Cuesta, 1994), pues incluyen en dichas categorías de manera implícita conceptos moralizantes en relación con las propias víctimas.

Sin embargo, no sólo la sociología y la criminología tienen su propia metodología para abordar los temas objeto de estudio. En el campo del Derecho las cuestiones metodológicas han tenido una gran importancia, generalmente vinculadas al pensamiento jurídico (Larenz, 1994) y por tanto a las diversas corrientes filosóficas que han surgido a lo largo de la historia de la Humanidad (Rodríguez-Paniagua, 1988),

desde los sofistas hasta el marxismo, y desde el iusnaturalismo al positivismo científico (por todos, vid. Dorado, 2004).

Como señalan Escribano, Valmaña y Valmaña (2009), “no sólo con carácter autónomo tienen importancia las cuestiones referentes al método en el campo del Derecho: estrechamente imbricados con algunas de las materias básicas de nuestra disciplina están la lógica, la argumentación o, sin duda, la estrella de entre todas las materias fundamentales de cualquier disciplina jurídica o Económica, la interpretación”. Baste, en este sentido, mencionar sin ánimo de exhaustividad los métodos históricos, de Derecho comparado, positivista, sistemático y analógico entre los métodos clásicos de la Ciencia del Derecho, junto con otros con nombre propio, como la jurisprudencia de intereses, del padre de la sociología del Derecho, Rudolf Von Ihering. A partir de estas corrientes han surgido otras nuevas con gran éxito de acogida entre los estudiosos del derecho, preferentemente en aquéllos que tienen una mayor relación con el sector económico (sobre estas cuestiones, vid. Valmaña, Escribano y Valmaña, 2009), y en concreto con el denominado Análisis Económico del Derecho, que “se configura como la aplicación de la Teoría Económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas” (Congregado, Pomares, y Rama, 2001) y que conecta fundamentalmente con la corriente de pensamiento neoliberal de la Escuela de Chicago (sobre estas cuestiones vid. ampliamente en Floriano, 2004).

Es apreciable en estos ejemplos cómo el interés subyacente en las cuestiones objeto de investigación determina finalmente la filosofía que inspira el mismo método. De la misma manera, focalizar el interés de la interpretación de las normas penales a través del cristal de los (mal) llamados estudios de género (sobre el debate terminológico vid. Valmaña, en prensa) tiene algunos antecedentes relevantes en el terreno estrictamente penal (Faraldo, 2006) y en el criminológico (Larrauri, 2007), además de los que se refieren a análisis de tipo social a partir de la lucha por la emancipación de la mujer, desde postulados estrictamente feministas (Falcón, 1991). En este sentido, el análisis de las causas que determinan la violencia contra las mujeres precisa, como señala Turégano (en prensa), un enfoque multidisciplinar, y desde esta perspectiva, “la teoría feminista se ha referido a una pluralidad de elementos estructurales que contribuyen al problema, tales como los estereotipos de los roles sexuales, el modelo tradicional de familia o las desigualdades económicas, poniendo de

manifiesto cómo éstos fenómenos diversos se complementan para favorecer la violencia machista”.

En relación con estas cuestiones, algunos trabajos (Rodríguez y Valmaña (Coord.), 2000) se han planteado desde la doble perspectiva del análisis criminológico y jurídico de la violencia contra la mujer. Sin embargo, el análisis jurídico del binomio mujer/violencia no se ha realizado desde una perspectiva preferentemente jurídica, situando en el foco del análisis el elemento del sujeto pasivo de una manera fraccionaria y residual hasta los últimos tiempos, y sobre todo teniendo en cuenta de forma casi exclusiva el papel de víctima de la mujer. Así se acuña en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género cuando establece lo siguiente:

“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 que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

Sin embargo la propuesta que realizamos va más allá, y consiste en que, partiendo de un concepto básico de violencia, convirtamos a la mujer como sujeto y no sólo cómo objeto de estudio, tanto desde la perspectiva penal como criminológica, y tanto desde el papel de víctima como el de delincuente. Y para ello tenemos como instrumento esencial el propio desarrollo legislativo que es motor y efecto de los cambios sociales que acompañan y animan tal sucesión de normas.

2. CONCEPTO DE VIOLENCIA

El concepto de violencia se encuentra muy desarrollado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, que durante años, y referido a diferentes supuestos típicos, han ido elaborando una profunda y profusa identificación de los elementos que la caracterizan.

La fórmula clásica en Derecho de partir de la definición gramatical del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española ofrece aquí pocas posibilidades, desde el momento en que establece que violencia es:

“(Del lat. violentia).

1. f. Cualidad de violento.
2. f. Acción y efecto de violentar o violentarse.
3. f. Acción violenta o contra el natural modo de proceder.
4. f. Acción de violar a una mujer”.

De ellas, sólo en la primera acepción se arroja algo de luz en relación con el adjetivo violento:

“(Del lat. violentus).

1. adj. Que está fuera de su natural estado, situación o modo.
2. adj. Que obra con ímpetu y fuerza.
3. adj. Que se hace bruscamente, con ímpetu e intensidad extraordinarias.
4. adj. Que se hace contra el gusto de uno mismo, por ciertos respetos y consideraciones.
5. adj. Se dice del genio arrebatado e impetuoso y que se deja llevar fácilmente de la ira.
6. adj. Dicho del sentido o interpretación que se da a lo dicho o escrito: Falso, torcido, fuera de lo natural.
7. adj. Que se ejecuta contra el modo regular o fuera de razón y justicia.
8. adj. Se dice de la situación embarazosa en que se halla alguien”.

Es fácil observar cómo, de entre ellas, sólo las propuestas 2, 3 y 7 tienen alguna relación con el concepto jurídico de violencia, si bien son a todas luces insuficientes para considerarlo válido a la hora de definir conductas con relevancia penal.

Sin embargo, algunos autores han señalado con enorme acierto formas de violencia que, careciendo de relevancia penal a efectos del delito de malos tratos, tienen

enorme incidencia en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, como puede ser la violencia económica que se deriva del impago de pensiones (Domínguez, en prensa), o la que trasciende a los hijos aunque no sean víctimas directas de tal violencia (Zurilla, 2010; también en Zurilla, en prensa), y que tienen reflejo en consecuencias también de índole extrapenal (Domínguez, 2008; Pacheco, en prensa).

En este sentido, el Tribunal Supremo ha venido elaborando el concepto de violencia a partir de un grupo preferente de delitos: los delitos contra la libertad sexual, los delitos de robo, los delitos de malos tratos, y por supuesto, los delitos de coacciones.

La violencia queda clasificada en violencia física, psicológica e intimidación, y con estos términos se hace referencia a realidades diversas. La STS de 720/2007 de 14 septiembre (Sala Segunda) establece de manera extraordinariamente simple que “La violencia supone el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima. La intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su posible resistencia”. A mayor abundamiento, “Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre (RJ 2002, 8996), se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima. (STS de 18 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7783], 28 de abril [RJ 1998, 3820] y 21 de mayo [RJ 1998, 4894] de 1998, y Sentencia 1145/1998, de 7 de octubre [RJ 1998, 8049]). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre [RJ 2002, 9356]”, tal y como señala la STS 1259/2004 de 2 noviembre (Sala Segunda).

La distinción entre violencia (vis física) e intimidación (vis psíquica) se reitera en relación con la violencia e intimidación constitutivas de los delitos de robo y coacciones. La doctrina de nuestros Tribunales señala a este respecto que “constituye violencia la acción de ímpetu o fuerza que se realiza sobre una persona para vencer su resistencia natural a la desposesión de algo que le pertenezca” (STS de 9 de abril de 1999). También se considera (STS de 30 de enero de 1999) como “el empleo de acometimiento o fuerza física sobre la persona mediante el cual se vence o evita su física oposición o resistencia al apoderamiento perseguido”; mientras que intimidación

es el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave y posible, susceptible de inspirar temor en el interlocutor (STS de 14 diciembre de 2001).

En cuanto a la violencia e integrante del delito de coacciones, esta tiene que estar integrada por “una conducta violenta de contenido material, como vis física, o intimidación, como vis compulsiva, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o de modo indirecto (...)” (STS de 2 de febrero del 2000).

Como podemos observar, más allá de las diferencias que caracterizan los diferentes tipos penales y que se refieren a la finalidad por la que se emplea tal violencia, existe una gran coherencia e identidad en el contenido del mismo concepto de violencia.

En relación con la actual configuración de los delitos de violencia contra las mujeres, sin embargo, el concepto de violencia deja de ser medial, instrumental, para convertirse en el eje del delito mismo, con una entidad propia y diferente de los sujetos activo y pasivo del delito, aunque lógicamente determinada por ellos (Valmaña, en prensa). Así, el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece que “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Por su parte, el artículo 1.3 señala que “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

La cuestión es si el empleo de esa fuerza, física o moral, contra la mujer constituye en sí misma una manifestación de las relaciones de poder que justifican la especialidad típica del delito de malos tratos o por el contrario es un requisito de su aplicabilidad. En este sentido, la STS de 24 de noviembre de 2009 señala de forma contundente que *“no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P ., modificado por la ya tantas*

veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género , sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley - cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer".

Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales."

Sin embargo otros argumentos contrarios han encontrado acogida en sede judicial, como los expresados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 4ª) núm. 239/2010 de 12 abril que, por su interés, paso a reproducir ampliamente a continuación:

"Habitualmente hemos venido manteniendo una posición favorable a las tesis del MINISTERIO FISCAL y contraria a que se exigiera como elemento del delito del art. 153. 1 del Código Penal la actuación del hombre sobre la base de impulsos, sentimientos o actitudes de violencia machista o de superioridad de género sobre la base de, primero, que se olvidaba el que también existe otro tipo de violencia reprobable que es la que se manifiesta entre miembros de la familia diferentes a la relación propia del matrimonio o asimilada, sin que entre ellos medie necesariamente una relación de subordinación, violencia ésta que encuentra su mayor reproche en el atentado a la paz familiar y que merece mayor castigo que la de una simple falta entre otras dos personas sin mayores lazos de unión, tal y como previene el art. 153. 2 del Código Penal, y, segundo, que si bien es cierto que en la violencia habitual castigada en el art. 173. 2 de dicho texto, la situación de subordinación, de dominio y de sometimiento de la víctima, intolerables en todo caso, puede encontrar acomodo en la exigencia típica de la habitualidad, en el art. 153. 1 se castigan violencias determinadas y concretas, por lo que no forma parte del tipo en modo alguno el

sometimiento de la víctima, que por su propia definición, no existe en las agresiones puntuales.

Ciertamente el precepto no establece excepción alguna, elevando a delito lo que en términos generales culminaría una falta de lesiones o maltrato, en el supuesto de que entre agresor y víctima se dé una de las relaciones de parentesco establecidas en el art. 173. 2 del Código Penal. No obstante, como se desprende de reiterada doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la interpretación de la norma penal desde la perspectiva constitucional no puede circunscribirse siempre al tenor literal de la misma, sino que, sin desconocerlo y sin sobrepasarlo, debe efectuarse una interpretación basada en criterios científicos usados por la comunidad jurídica, entre los que se encuentra el teleológico, que consideramos el más adecuado para interpretar los tipos de violencia doméstica al no poder dejar de tener en cuenta la finalidad última perseguida por el legislador sancionando más severamente como delito conductas que en general serían constitutivas de falta.

Ya desde la LO 11/03 (RCL 2003, 2352) hasta la vigente LO 1/04 (RCL 2004, 2661) , el legislador ha abordado esta gravísima problemática pluridisciplinar con medidas de diversa índole, y entre ellas las de carácter penal tratando que los nuevos tipos delictivos alcanzaran a todas las conductas que pudieran afectar al bien jurídico protegido. El art. 153 del Código Penal, a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III relativo a las lesiones, trasciende y se extiende más allá de la integridad personal, al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, art. 10 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) , que como dice nuestro Tribunal Supremo tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los malos tratos inhumanos o degradantes y en el derecho a la seguridad, quedando también afectados los principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos.

En la propia Exposición de Motivos de la LO 1/04 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, por la que se dio nueva redacción al susodicho art. 153 , se recoge que en la realidad española las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia y que los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia

de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución, introduciéndose en el Título III normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad. El art. 1. 1 de la referida Ley establece que la presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.

Es decir que lo que se protege con el tipo de violencia doméstica, entre otras cosas, es la preservación del ámbito familiar que ha de estar presidido por el respeto mutuo y la igualdad, o dicho con otras palabras, la paz familiar, debiendo sancionarse todos aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir ese ámbito familiar en un ambiente regido por el miedo y la dominación, porque nada define mejor los malos tratos en el ámbito doméstico que la situación de dominio y de poder de una persona sobre otra de las referidas el art. 173. 2 del Código Penal”.

Poco aclara en relación con estos extremos lo significado por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 24 de julio de 2008 y de 19 de febrero de 2009, en las que resuelven sendos recursos de inconstitucionalidad sobre la nueva configuración del delito de malos tratos como delito de violencia machista. Y resulta poco esclarecedor en esta materia porque el fundamento que persigue su argumentación es desestimar la vulneración del principio de igualdad por las cuestiones relativas a los sujetos activo y pasivo del delito de malos tratos (sobre estas cuestiones, vid. ampliamente en Valmaña, en prensa). Las sentencias reseñadas argumentan la validez de las normas que suponen niveles de responsabilidad diferentes en que “el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa” (STC nº 45/2009, de 19 de febrero), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC nº 95/2008, de 24 de julio). Pero calla en lo que a la consideración de la violencia como objeto del

tipo deba tenerse: si se trata de violencia machista o si, por el hecho de darse entre un hombre y una mujer deba considerarse automáticamente como tal. A este respecto reitero mi opinión en el sentido de que “La riña mutuamente aceptada por dos sujetos en un plano de igualdad, no implica una posición de dominio que pueda o deba fundamentar una mayor penalidad para uno de los intervinientes en la misma. Por lo tanto, este hecho de la aceptación de la riña, este consentimiento, siquiera tácito en la misma, tendría los mismos efectos sobre las posibles lesiones causadas a la mujer que las que se pudieran producir, por ejemplo, en el transcurso de una relación sexual sadomasoquista” (Valmaña, en prensa).

La otra gran cuestión a resolver en cuanto al concepto de violencia es la relativa a la distinción entre los conceptos de violencia doméstica y violencia de género. Donde encontramos de manera más nítida la diferencia es en el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón núm. 282/2006 de 12 julio, cuando establece, en relación con los conceptos violencia doméstica y violencia de género, que se *“trata de dos conceptos heterogéneos, aunque relacionados ambos por su común relación con lo doméstico. El primero hace referencia al ámbito espacial y afectivo en el que se desarrollan las relaciones de convivencia familiar (con generalidad, como cláusula de cierre en la enumeración legal, se incluye cualquier relación por la que el sujeto pasivo se encuentre integrado en el núcleo de convivencia familiar del sujeto activo) más intensas y continuadas que determina la ley. El segundo hace referencia a una peculiar forma de violencia producida dentro de dicho ámbito, elevada a la categoría de fenómeno sociológico claramente identificado, y caracterizado por la situación de abuso o de dominación que desarrolla uno de los miembros o sujetos de dichas relaciones familiares, sobre otros sujetos de las mismas”*.

En esta línea se sitúa el acertado análisis que Turégano (en prensa) hace de la aportación del método feminista a la distinción entre violencia doméstica o familiar y violencia contra las mujeres cuando señala que “la perspectiva no es la determinar las causas y consecuencias de las interacciones violentas entre los miembros de la familia como tales sino entre personas de distinto sexo que interaccionan en relaciones diversas y cuestionar el modo en que la estructura actual de la familia contribuye a perpetuar una situación de desigualdad que persiste en tales relaciones. La violencia de género no es vista como un fenómeno desviado que deriva de la ruptura del funcionamiento normal de la familia sino como un fenómeno predecible de acuerdo con el modo en que se

estructura usualmente la familia en nuestra sociedad y se organizan en ella los roles masculinos y femeninos”.

3. LA MUJER COMO SUJETO DEL DERECHO: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y POLÍTICA CRIMINAL

Sin perjuicio del enorme interés que desde el punto de vista metodológico tiene el análisis de la mujer delincuente, cuando me refiero en este apartado a la mujer como sujeto del derecho quiero centrarme en la condición femenina determinante de los cambios legislativos que son origen y consecuencia al mismo tiempo de una transformación social de gran magnitud. En relación con este papel protagonista, podemos señalar en primer lugar que la mujer víctima de violencia lo es de forma preferente en tres grandes grupos de delitos:

- 1.- Maltrato doméstico
- 2.- Violencia Sexual
- 3.- Discriminación

Es sin embargo en relación con los malos tratos en torno a los cuales esta evolución (Suárez-Mira, 2006) adquiere un carácter más marcado, que se verifica con la simple relación de las normas que se han sucedido para dar respuesta al problema de la violencia contra las mujeres. El somero recorrido de las mismas nos permite observar el trazo de la línea político-criminal en esta materia, lo que permite además que el estudio de la misma sea sistemático y conforme herramientas eficaces desde el punto de vista metodológico e interpretativo.

3.1. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal

Como señala el Preámbulo de esta Ley, la aparición del delito de malos tratos en el ordenamiento jurídico español se produce “respondiendo a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los

malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual”.

El artículo 425 del Código Penal recoge por primera vez el delito de malos tratos estableciendo que “el que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”. Asimismo, se contempla como falta contra las personas del artículo 582 del Código Penal la conducta de golpear o maltratar a otro sin causarle lesión siempre que se trate del cónyuge o persona a quien se halle ligado el autor de forma permanente por análoga relación de afectividad, o de los hijos menores.

En esta regulación inicial los elementos que integran el delito y la falta de malos tratos son la relación de parentesco, la violencia física y la habitualidad.

3.2. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

La aparición del nuevo Código penal supuso un avance en la regulación de los delitos de malos tratos en diferentes aspectos. Por una parte, la relación de sujetos pasivos del delito previsto y penado en el artículo 153, heredero directo del antiguo artículo 425, se amplía tanto en relación con los descendientes como con los ascendientes, aún con el requisito de convivencia. Además, se eleva de manera sustancial la pena de prisión de un mes y un día a seis meses (arresto mayor, en el artículo 425 del anterior Código penal) y que ahora pasa a ser de 6 meses y un día a tres años (artículo 153 CP).

Especialmente significativa es la aparición de la referencia a la posibilidad de establecer un concurso con otros delitos, al incluirse la previsión de que el maltrato sea considerado delito sin perjuicio de la calificación que merezca la concreción de los actos de violencia ejercidos.

3.3. Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La Exposición de Motivos de esta Ley establece que “el Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, incluía entre sus medidas determinadas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas”, lo que se concreta en la reforma de los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620 del Código penal.

Como novedades más significativas cabe señalar la aparición entre el catálogo de penas accesorias para determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima. Asimismo se tipifica como delito el ejercicio habitual de la violencia psíquica en el ámbito doméstico, y se establece la primera interpretación auténtica del término *habitualidad*. Y también se faculta para el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas.

3.4. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros

En su Exposición de Motivos esta Ley de contenido heterogéneo y sistemática dudosa señala que “el fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos”.

Las modificaciones más relevantes que introduce se refieren a la aparición de la mutilación genital como delito autónomo, la ampliación del ámbito de aplicación de los delitos lesiones, con la transformación la falta de lesiones contenida en el artículo 617 del Código penal, en un delito de lesiones del artículo 147 cuando se hubieran realizado

cuatro faltas de lesiones en un periodo de un año; se introducen algunas penas accesorias asociadas a la comisión del delito de malos tratos (privación del derecho a la tenencia y porte de armas y posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento). Pero sin duda ninguna la modificación más relevante aparece con la introducción de los números 2 y 3 del artículo 173 del Código penal, que tipifica el ejercicio habitual de violencia física y también psíquica como un delito contra la integridad moral.

3.5. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Como señala en su Exposición de Motivos, “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 que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”.

Elaborada a partir de postulados claramente feministas, esta Ley introduce alguna de las novedades más relevantes y controvertidas en esta materia. En primer lugar cabe señalar que junto al concepto de violencia que establece el artículo 1 de la Ley, como objeto de la misma y ya visto anteriormente, otro elemento a tener en cuenta es que recoge la definición técnica del síndrome de la mujer maltratada : “las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”.

A partir de ahí se produce la transformación de los intentos de perseguir diferentes conductas de malos tratos en unos tipos concretos de delitos de violencia de género actualmente vigentes (sobre esta materia, vid. ampliamente Valmaña, en prensa).

3.6. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

De manera indirecta esta Ley incide en la protección penal de la violencia de género, en cuanto dos de las esferas en que se producen manifestaciones de la misma encuentran ahora una tipificación expresa. La Exposición de Motivos de la Ley señala que “dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta de acoso laboral, entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas.

Igualmente, al hilo de la proliferación, durante la última década, de conductas acosadoras en la esfera de la vivienda, se sanciona también el acoso inmobiliario. Con ello se pretende tutelar el derecho al disfrute de la vivienda por parte de propietarios o inquilinos frente a los ataques dirigidos a obligar a unos o a otros a abandonarla para así alcanzar, en la mayoría de los casos, objetivos especuladores. Distintos pronunciamientos judiciales habían venido poniendo de manifiesto las dificultades que para la represión de estas conductas se derivaba de la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno”. El estudio de cómo esta nueva regulación puede entrar en conflicto con la existencia de otras fórmulas de protección específicas para las mujeres excedería sin duda de las pretensiones este trabajo. Sin embargo, cabe señalar, siquiera someramente, que frente a la compatibilidad que el artículo 177 del Código penal establece entre estos delitos y aquéllos que se refieren a los bienes jurídicos vida, integridad física, salud, libertad sexual o propiedad, la realización de la conducta tipificada ahora en el artículo 173, 1, párrafos 2 y 3, no permitiría la aplicación simultánea del delito de malos tratos habituales, previsto y penado en el artículo 173,2. El estudio de la desprotección específica de la mujer, en particular, y de los parientes en general, en el ámbito de aplicación del nuevo artículo 173,1 parece imprescindible en unos supuestos en que tal violencia familiar se desenvuelve con frecuencia tanto en el puesto de trabajo en los casos de empresa familiar, como, más habitualmente aún, en los casos de disfrute del domicilio conyugal tras un proceso de ruptura matrimonial.

En cuanto al ámbito de los delitos sexuales, esta reforma introduce un acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, como exigencia derivada de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Especialmente interesante me parece la introducción de una tutela civil específica de los derechos de las víctimas ante agresiones mediáticas de los “autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable. Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad. Dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos” (Exposición de Motivos).

Por último, y entre otras muchas, cabe destacar la modificación del apartado 2 del artículo 36, de manera que para penas superiores a cinco años, el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, y siempre será así en los casos de delitos del artículo 183 (abuso sexual) y de delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, cuando la víctima sea menor de trece años, quedando expresamente prohibida la excepción que permite al Juez aplicar el régimen general. Asimismo se modifica el artículo 105 en el sentido de que en la aplicación de las medidas privativas de libertad el Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente una o varias medidas que se enumeran a continuación. Deberá asimismo imponer alguna o algunas de dichas medidas en los demás casos expresamente previstos en este Código, como lo es concretamente, en relación con el delito que nos ocupa, la libertad vigilada.

REFERENCIAS

- CONGREGADO, E.; POMARES, I. J., y RAMA, E. (2001). “Análisis Económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente”, en *Derecho y conocimiento*, vol. 1, págs. 331-339, Edita Facultad de Derecho (Universidad de Huelva). Huelva
- DE LA CUESTA, P.M. (Coord.) (1994). “Victimología y Victimología femenina: Las carencias del sistema”. En *Victimología Femenina: asignaturas pendientes para una nueva ciencia*. Ed. Universidad de Cádiz, Cádiz.
- DOMÍNGUEZ, M.P. (2008). “La Determinación y Atribución del Domicilio Familiar”. En *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*. Edición on-line. Edita Facultad de Ciencias Sociales (UCLM). Cuenca. Disponible en <http://www.uclm.es/cu/csociales/documentostrabajo>. Recuperado el 6 de octubre de 2010.
- DOMÍNGUEZ, M.P. (en prensa). "El impago de pensiones: Un tipo de violencia económica". En ZURILLA, M.A. y DOMÍNGUEZ, M.P. (Coord.), *Violencia contra las mujeres: Un enfoque jurídico*. Septem Ediciones. Oviedo
- DORADO, J. (2004). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos a favor del iuspositivismo*. Dykinson. Madrid.
- FALCÓN, L. (1991). *Violencia contra la mujer*. Ed. Vindicación Feminista. Madrid.
- FARALDO, P. (2006). “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, nº 17.
- FLORIANO CORRALES, C. (1998). *Derecho y Economía. Una aproximación al análisis económico del Derecho*. Ed. Universidad de Extremadura. Cáceres.
- LARENZ, K. (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel. Barcelona.
- LARRAURI, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Ed. Trotta. Madrid.
- LOMBROSO, C. (1903). *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Fratelli Bocca Editori. Torino. Disponible en

<http://www.archive.org/stream/ladonnadelinque00lombgoog#page/n30/mode/2up>.
Recuperado el 15 de noviembre de 2010.

- MUCHEMBLED, R. (2010). *Una historia de la violencia*. Paidós Contextos. Madrid.
- PACHECO, M. N. (en prensa). "El derecho preferente de acceso a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género. Especial referencia a su regulación en Castilla-La Mancha", en ZURILLA, M.A. y DOMÍNGUEZ, M.P. (Coord.), *Violencia contra las mujeres: Un enfoque jurídico*. Septem Ediciones. Oviedo
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. (Vigésimosegunda edición). Espasa. Madrid.
- RODRIGUEZ, J. M. (1988). *Historia del Pensamiento Jurídico*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- RODRIGUEZ, C. y VALMAÑA, S. (Coord.) (2000). *La mujer como víctima: Aspectos jurídicos y criminológicos*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca.
- SUÁREZ-MIRA, C. (2006). "Algunas cuestiones jurídico-penales en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género". En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10. La Coruña. Disponible en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2472/1/AD-10-56.pdf>. Recuperado el 6 de octubre de 2010.
- TURÉGANO, I. (en prensa). "Derecho y violencia contra las mujeres: la perspectiva feminista". En ZURILLA, M.A. y DOMÍNGUEZ, M.P. (Coord.) *Violencia contra las mujeres: Un enfoque jurídico*. Septem Ediciones. Oviedo
- VALMAÑA, S. (en prensa). "La respuesta penal a la violencia contra las mujeres: el delito de malos tratos del artículo 153 del Código penal español". En ZURILLA, M.A. y DOMÍNGUEZ, M.P. (Coord.) *Violencia contra las mujeres: Un enfoque jurídico*. Septem Ediciones. Oviedo
- VALMAÑA, S.; ESCRIBANO, F. y VALMAÑA, M. (2009). "Multidisciplinary teaching system". En *INTED2009 Proceedings CD*. Ed. International Association of Technology, Education and Development (INTED). Valencia.

ZURILLA, M.A. (2010). *Las disputas judiciales en torno a los hijos. Una constante en las crisis matrimoniales*. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2010.

ZURILLA, M.A. (en prensa). “Violencia doméstica: medidas civiles en relación con los hijos menores”. En ZURILLA, M.A. y DOMÍNGUEZ, M.P. (Coord.) *Violencia contra las mujeres: Un enfoque jurídico*. Septem Ediciones. Oviedo.