

 **JUSTICIA PENAL Y GÉNERO****María Acale Sánchez**

Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Cádiz – España

**Área de Direito**

Penal; Internacional.

**RESUMO**

O texto compara as alterações legislativas introduzidas na Espanha e no Brasil conferindo um novo tratamento penal da violência de gênero praticadas contra as mulheres. Depois de analisá-las sob um ângulo histórico, identificando uma instrumentalização por parte da cultura patriarcal para o controle criminal das mulheres, analisa-se de um ponto de vista sistemático, se é positiva a incorporação do gênero na estrutura do delito, ressaltando vantagens e desvantagens entre as diferentes técnicas adotadas pelos legisladores espanhol e brasileiro, passando-se em revista as principais categorias envolvidas no conceito de delito e do sistema de penas.

**PALAVRAS-CHAVE**

Gênero. Violência doméstica. Patriarcalismo. Conceito de delito. Sistema de penas.

**ABSTRACT**

The text compares the legislative amendments introduced in Spain and Brazil giving a new penal treatment of gender violence practiced against women. After analyzing them under a historical angle, identifying an instrumentalization by the patriarchal culture to control criminal women. Finally, we analyze a systematic point of view, whether it is positive gender mainstreaming in the structure of the crime, pointing out advantages and disadvantages of the different techniques used by the Spanish and Brazilian lawmakers, passing in review the main categories involved in concept of crime and the system of penalties.

**KEYWORDS**

Gender. Domestic Violence. Patriarchalism. Concept of Crime. System Penalties.

**RESUMEN**

El texto compara las modificaciones legislativas introducidas en España y Brasil, dando un nuevo tratamiento penal de la violencia de género contra las mujeres. Después de analizar bajo un ángulo histórico, identificando la instrumentalización de la cultura patriarcal para controlar a las mujeres delincuentes, se analizan de un punto de vista sistemático, si es positiva la incorporación de género en la estructura del delito, haciendo hincapié entre las ventajas y desventajas de las diferentes técnicas utilizadas por los legisladores españoles y brasileños, pasando revista a las principales categorías involucradas en el concepto del delito y del sistema de sanciones.

**Palabras-clave**

Género. Violencia Doméstica. Patriarcado. Concepto de delito. Sistema de Sanciones.

**Sumário**

1. Introducción. 2. La instrumentalización histórica del derecho penal al servicio del patriarcado. 3. Tipicidad y género. 4. Antijuricidad y género. 5. Culpabilidad y género. 6. Punibilidad y género. 7. Sistema de penas y género. 8. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

La violencia que sufre la mujer a manos de su marido o compañero sentimental no es un fenómeno localizado geográficamente en unos concretos lugares del planeta: se trata de un problema universal que se repite por todos los rincones, lo que ha generado que la preocupación por acabar con esta lacra tenga una respuesta internacional<sup>1</sup>. Los pasos que se han ido dando en este ámbito en cada país sin embargo no han sido casuales, sino que cronológicamente se han producido a golpe de crímenes que permanecen en la memoria colectiva como si se hubieran cometido ayer mismo.

Así, en el año 1983, en Brasil, la Sra. María da Penha denunció a su entonces marido por dispararle mientras dormía y, tras fracasar en su objetivo de causarle la muerte por aquella vía, por intentar electrocutarla mientras se bañaba. La víctima –que a raíz de esos hechos decidió separarse de su agresor- quedó en una situación de paraplejía irreversible, además de sufrir otros daños físicos y psicológicos. El 20 de agosto de 1998 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió la denuncia presentada por ella contra el estado de Brasil por “tolerancia estatal”, *“por no haber tomado por más de 15 años medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas”*. Durante todo ese tiempo, el acusado estuvo en libertad, recurso tras recurso – todos ellos discutibles desde un punto de vista procesal-. El 16 de abril de 2001 el Estado brasileño es condenado por la Comisión Interamericana de Derechos humanos, a quien además se le recomendó encarecidamente que llevara a cabo una investigación seria, imparcial y exhaustiva para determinar la responsabilidad por irregularidades o retardos injustificados que impidieron el procesamiento rápido y efectivo del responsable, y tomar las medidas administrativas, legislativas y judiciales correspondientes. Asimismo, se recomendaba llevar a cabo una serie de modificaciones legales para simplificar los procedimientos judiciales<sup>2</sup>.

Después, en España, el 4 de diciembre de 1997, D<sup>a</sup> Ana Orantes, hizo pública en la televisión los malos tratos a los que la sometía su marido del que se encontraba ya en vías de separación, pero con el que por una decisión judicial arriesgada, seguía compartiendo la vivienda: allí confesó que le daba continuas palizas y que la forzaba “borracho” a mantener relaciones sexuales. La publicación de ambos datos en semejante medio de comunicación dio lugar a muchos comentarios por parte de los vecinos del lugar, que se convirtieron repentinamente en espectadores de sus vidas, lo que provocó las iras de su ex marido que, según varios testigos *“prometió vengarse”*<sup>3</sup>. A los pocos días, la ató, la roció con gasolina y la quemó viva. A consecuencia de estas acciones, D<sup>a</sup> Ana murió y su marido fue declarado culpable de un delito de asesinato según el veredicto de un Jurado popular; el Juez en su sentencia le impuso una pena de 17 años y a alejarse del lugar de residencia de sus hijos durante otros 5 años. El 16 de noviembre de 2004 el asesino moría después de sufrir un infarto en la prisión donde cumplía su condena: ella llevaba por entonces siete años enterrada, criando malvas.

Estos hechos han precedido en el tiempo a la aprobación de la Ley Orgánica española 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género y la brasileña, Ley María da Penha número 11.340, de 7 de agosto de 2006<sup>4</sup>, que han incorporado a sus respectivos ordenamientos jurídicos instrumentos para proteger a las mujeres que se encuentran en dicha situación; es más, para impedir

que otras mujeres lleguen a ese extremo, en la medida en que se marcan como hándicap principal la prevención de actos similares.

Aunque la envergadura de las reformas operadas impide hacer una valoración *in totum* de las mismas, en términos generales no cabe duda de que son leyes en las que se ofrece una ayuda institucional idónea para que la mujer víctima de esta clase de violencia tenga la valentía suficiente, y dé el complicado paso de romper, con su denuncia pública, la lacerante vida privada que sufre, bajo el paraguas dominante del machismo.

A estos efectos, ambos países han procedido a modificar los planes de estudios, incidiendo en la educación pacífica y en valores de igualdad, y en la resolución dialogada de conflictos; han sometido a reforma la legislación relativa a la publicidad a fin de evitar seguir trasladando a la opinión pública los resortes culturales que sostienen a estos actos de violencia; han implementado reformas laborales, ayudas para las víctimas (laborales, sociales, de atención de urgencia, o de asistencia social); en ambos casos se han creado juzgados específicos para luchar contra esta lacra y además han procedido a reformar sus respectivos Códigos penales, aunque, como se verá, de forma muy distinta, pues si bien el español ha incorporado una serie de agravaciones de la pena en los delitos de lesiones agravadas (art. 148), amenazas leves (art. 171), coacciones leves (art. 172), y maltrato singular (art. 153) cuando el sujeto activo sea un hombre que esté o haya estado casado o unido sentimentalmente a la mujer víctima, incluso sin convivencia<sup>5</sup>, el de Brasil se ha limitado a incorporar una circunstancia agravante genérica de aplicación a cualquier delito, siempre que se den una serie de requisitos objetivos y subjetivos que configuran la agravación<sup>6</sup>.

A ello ha de añadirse la clara apuesta desde 1989 por la asexualización de la letra de la ley en los delitos contra la libertad sexual en el Código penal español, y la clara sexualización de la letra del delito de violación en el brasileño hasta la aprobación de la *Ley número 12.015, de 7 de agosto de 2009, de modificación del Título VI de la parte especial*.

Esta falta de criterio en cuanto al modelo de intervención, o cuanto menos, esa falta de sintonización cronológica en cuanto a su puesta en acción, hace plantearse al intérprete si, efectivamente, existe un modelo “interno” a cada uno de los textos punitivos examinados que les dote de coherencia –también– “interna”, o si por el contrario, se trata de una intervención parcelada, que se limita a parchear problemas sociales de forma dispar. En todo caso, ha de resaltarse el dato de que se trata de dos respuestas legales distintas frente al mismo problema social de determinadas clases de violencia de género.

Al estudio de los instrumentos legales españoles y brasileños para hacer frente a la violencia que sufren las mujeres en su ámbito familiar –física, psicológica, sexual y patrimonial– se va a prestar atención a continuación.

Limitar de esta forma el contenido de este estudio sobre “*justicia penal y género*” tiene la ventaja de que permitirá avanzar una serie de ideas concretas relacionadas con el tratamiento penal de la violencia que al día de hoy sufren las mujeres en sus ámbitos familiares. Aunque también tiene la desventaja de que deja fuera de su campo otras cuestiones básicas que necesariamente han de ser analizadas desde una perspectiva de género, como son el tráfico de mujeres para el ejercicio forzado de la prostitución, o el acoso sexual, sexista o moral en el ámbito laboral; por otro lado, tampoco se hará referencia a la delincuencia femenina fenómeno criminal que es difícil de comprender en su inmensidad si no es

teniendo en cuenta el género, como factor que explica su número y las clases de delitos cometidos por mujeres, así como los efectos de las penas sobre ellas.

## **2. LA INSTRUMENTALIZACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL AL SERVICIO DEL PATRIARCADO**

Históricamente los legisladores han utilizado las normas penales para incorporar a los sucesivos Códigos penales una trasnochada visión del “género femenino”. Se trataba de normas que venían a poner de manifiesto el sexo masculino del legislador que articulaba tipos penales para velar por el papel que como madres, esposas e hijas, debían desempeñar las mujeres en la sociedad patriarcal, dejándolas a ellas mismas en cuanto personas, huérfanas de tutela, desempoderándolas del derecho a ser protegidas por las leyes penales, como de tantas otras cosas<sup>7</sup>.

Así, han existido figuras delictivas que han venido exigiendo que el sujeto activo o el pasivo, o ambos, fueran de un determinado sexo, de forma que si no se cumplía dicho requisito, la conducta dejaba de ser típica, o era de aplicación otro tipo penal en el que se imponía una pena menor. Ello los ha convertido en delitos de subjetividad –activa y/o pasiva- restringida en razón de género.

Los concretos delitos en los que históricamente se ha exigido dicho elemento típico no son fruto de la casualidad, sino precisamente aquellos en los que se venía a poner de manifiesto que el ámbito penal no es más que un reflejo de la realidad social, reproduciendo patrones machistas de comportamiento: baste con recordar dos ejemplos sacados de la historia del Derecho penal español<sup>8</sup>.

Así, en primer lugar, hasta 1989 el delito de violación era definido como la práctica del coito vaginal violento, y exigía la concurrencia de cuatro elementos típicos: sujeto activo hombre, sujeto pasivo mujer, realización del coito vaginal y la utilización de violencia o intimidación como instrumentos para “vencer” la resistencia de la víctima; el coito anal o bucal –del que podía ser ya sujeto pasivo tanto un hombre como una mujer- se consideraba “abuso deshonesto” y era castigado con pena inferior<sup>9</sup>. La angostura del tipo venía marcada sin duda alguna por los motivos últimos que sostenían la regulación, pues en efecto, lejos de proteger la capacidad de decidirse en el orden sexual, se velaba por el riesgo de un posible embarazo, así como por la subsiguiente deshora para la familia a la que perteneciera la víctima del delito<sup>10</sup> (de ahí que se discutiera si la prostituta podía o no ser víctima de un delito contra la “honestidad”, de la que al fin al cabo se la consideraba socialmente desposeída, o si cabía la violación en el seno del matrimonio pues, por definición, durante años se entendió que todo lo santifica)<sup>11</sup>.

En esta línea, también se ha recurrido desde el Código de 1822 a atenuar la pena según la honestidad de la víctima<sup>12</sup>, de forma que no es de extrañar que muchas sentencias, hagan referencia expresa a la virginidad de la mujer en el momento en el que se cometió la violación, por lo que se daba a entender que caso de que la víctima hubiera mantenido relaciones de naturaleza sexual antes de la comisión del delito no merecía la misma protección que aquellas otras que no tuvieran experiencias en este ámbito, sobre todo por las expectativas del varón con el que llegara a contraer matrimonio<sup>13</sup>. La protección de la honestidad sexual exigía, por otro lado, la falta absoluta de provocación por parte de la mujer víctima, por lo que durante años la jurisprudencia se ha detenido en el análisis de su comportamiento, de forma que de sujeto pasivo de delito, pasaba casi de forma imperceptible a la de sujeto de investigación, que corría el riesgo de ver

criminalizado cualquier acto llevado a cabo por su parte que pudiera ser interpretado jurisprudencialmente como “provocativo”. En esta línea, no resulta extraño encontrarse afirmaciones como ésta: “*si una mujer se embriaga en compañía de un hombre, acepta, en cierto modo, las consecuencias de sus actos*” (STS de 3 de diciembre de 1979 [R]/1979/4534)].

Y el segundo ejemplo histórico de la utilización de las leyes penales para mantener a la mujer bajo la potestad del marido es el que representaba el delito de uxoricidio, esto es, la muerte de la mujer sorprendida en acto de adulterio por parte de su marido, presente en la legislación española desde 1822. Desde el punto de vista dogmático, la doctrina discutía si la infidelidad de la mujer que moría a manos de su marido era una excusa absolutoria, una condición objetiva de punibilidad o una causa de inimputabilidad, aunque sólo afectase al marido<sup>14</sup> y no a la mujer que matara a su marido sorprendido en acto de adulterio. El comportamiento de la mujer era causa de la deshonra de su marido, pues su “*mala reputación*” no le afectaba a ella, sino a quien detentaba su cuidado y su representación social y legal. La pena que le correspondía al autor era una mera pena de destierro si causaba la muerte o lesiones graves de la esposa o del amante, si bien, cuando se causaran lesiones no tan graves, no se imponía castigo alguno. No obstante, ya no se trataba de considerar sujeto pasivo a la mujer, sino de convertirla en mero objeto material, en la medida en que con su comportamiento desviado venía a lesionar el honor de su agresor, esto es, el de su marido o –en algunos momentos históricos- el de su padre, es decir, el hombre del cual dependía. Aunque posteriormente el Código penal franquista lo volvió a introducir en el ordenamiento jurídico español, en el Código penal de 1932 desapareció, coincidiendo en el tiempo con la laicidad del Estado español proclamada en la Constitución de la II República, momento en el que además en el ámbito civil se admitía el divorcio<sup>15</sup>.

Como la responsabilidad criminal se extingue con la muerte del reo, para aquellos supuestos en los que el marido despechado no matara a su esposa sorprendida en adulterio, estaba previsto el delito de adulterio, ámbito especialmente reservado al poder del hombre sobre su esposa<sup>16</sup>. Se trataba de un delito especial que requería siempre - y en todo caso - que el sujeto activo fuera una mujer casada como tipo de autoría individual, pues su amante, a pesar de recibir la misma pena que la “autora”, no era considerado más que su mero “cómplice”. Por otro lado, en tanto en cuanto se trataba de una ofensa al honor del marido, era necesaria la acusación particular por parte de éste, que tenía en sus manos, como se ve, no sólo el poder de hacer surgir la persecución de la mujer, sino la potestad de decidir el tiempo de internamiento de la misma, esto es, tenía la posibilidad de decidir la duración de la pena a imponer a la adúltera, lo que no ha de resultar extraño en un contexto en el que se le permitía decidir dejarla en libertad o matarla, al precio de una pena de destierro cuya ejecución en esos momentos históricos difícilmente podía ser controlada.

A partir del Código de 1848 junto al delito de adulterio, se incluye en los Códigos penales españoles el delito de amancebamiento del que sujeto activo era el hombre casado, aunque en este caso no quedaba excesivamente claro quién podía ser considerado su sujeto pasivo pues la mujer, ni podía perdonar, ni era necesario que interpusiera la denuncia: a partir de entonces se castigó al marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, aunque con pena inferior que la dispuesta en el delito de adulterio cometido por la mujer. Sin embargo, la infidelidad masculina, para ser típica, requería más requisitos que la

femenina: el primero exigía la repetición en el tiempo de los actos de contenido sexual, mientras que el de adulterio se contentaba con un sólo acto; además del requisito adicional de *“realizarlo con la manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuere de ella”* (STS de 4 de diciembre de 1964). Y al igual que ocurrió con el delito de uxoricidio, el Código de 1932 eliminó del articulado los delitos de amancebamiento y de adulterio, y de la misma forma, el Código de 1944 lo volvió a incluir (según su Exposición de Motivos, *“en aras del amparo y protección de las mujeres”*). La derogación definitiva del adulterio y del amancebamiento se produjo a través de la Ley 22/1978, de 26 de mayo<sup>17</sup>.

Esas figuras delictivas han convivido además con la inclusión dentro del catálogo de circunstancias agravantes genéricas hasta 1983 de la de *“desprecio de sexo”*. Fue precisamente el primero de los Códigos penales –de 1822– el que en su art. 106 señalaba que *“en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes contra el reo la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, desamparo o conflicto de la persona ofendida”*. A partir del Código de 1848 (art. 10.20) se modifican los términos utilizados para definirla, y se sustituye aquella originaria redacción por esta otra: *“ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en morada cuando él no haya provocado el suceso”*<sup>18</sup>. El hecho de que se guardara silencio en torno a la clase de sexo a la que se refería la circunstancia de agravación, no significaba que se hubiera igualado a efectos de pena uno y otro desprecio, sino que se sobreentendía que se refería al sexo femenino.

La jurisprudencia vino exigiendo para aplicar la agravación en el Código de 1944 la concurrencia de tres requisitos: sujeto activo de sexo masculino, sujeto pasivo mujer y que el primero actuara con el elemento subjetivo de “despreciar” a la mujer<sup>19</sup>. El fundamento de la agravación parecía obedecer tanto a la inferioridad biológica de la mujer respecto al hombre, como a las funciones sociales encomendadas como madre, esposa y cuidadora de los valores familiares y encargada de transmitirlos de unas generaciones a otras. No obstante, su aplicación se excluía en los supuestos en los que existiera provocación por parte de la mujer, esto es, cuando su conducta sexual o moral no fuera la ajustada a los patrones de comportamiento vigentes, lo que ha dado respaldo legal durante su vigencia a que los jueces indagaran en la intimidad de las mujeres víctimas de delito, en definitiva, ha servido para consagrar un portillo por el cual se ha perpetuado la discriminación judicial hacia la mujer<sup>20</sup>. Y para los supuestos en los que existiera dicha provocación, no sólo no se aplicaba la agravación, sino que además se recurría a la atenuación de la pena del hombre, cuando no a la exención total, etiquetando el delito como “suceso” y, simultáneamente, como “crimen pasional”, momento a partir del cual, se revictimizaba a la mujer, en la medida en que además de ser víctima del autor, se convertía en víctima del sistema penal, sistema que se olvidaba del hecho principal cometido por el autor y reconducía su atención a analizar –reprochándolo– el comportamiento de la víctima, distorsionando los hechos reales al son de su vida privada.

En el ámbito de las condiciones objetivas de procedibilidad muchos de los delitos a los que se ha hecho referencia han requerido la denuncia por parte de “la ofendida”, dejando en sus manos el inicio del proceso penal, sin que en determinados momentos se pudiera suplir la falta de presentación de la misma por la actuación de oficio del Ministerio fiscal. En particular, los delitos contra la libertad sexual han estado siempre condicionados a que aquélla diera el paso de interponer la denuncia. Y con ello, ha estado sometida a la presión del agresor que,

como es sabido, la mayoría de las veces pertenece a su propio ámbito familiar. A ello ha de añadirse que simultáneamente el perdón de la ofendida ha sido una causa de extinción de la responsabilidad criminal con lo cual, de nuevo, la víctima volvía a estar en manos del agresor, presionándola para que no interpusiera la denuncia, para que la retirara o para que en el momento procesal oportuno, le perdonara.

Pues bien, con estos antecedentes legales históricos, es fácil concluir planteándose el siguiente interrogante: si el patriarcado ha recurrido al Derecho penal durante años como instrumento para controlar – criminalizando – a las mujeres, por qué no recurrir de nuevo al mismo instrumento a fin de protegerlas de forma específica. En este sentido, como se verá a continuación, los modelos que representan las legislaciones penales española y brasileña han respondido de forma positiva a este interrogante, aunque han utilizado una técnica bien distinta al articularla, pues si bien por un lado, el Código penal español contiene figuras delictivas que en sede de tipicidad diferencian los sexos de los sujetos activos y pasivos, el brasileño se ha limitado a incorporar una circunstancia agravante genérica en la que se tiene en consideración el móvil machista. Los efectos – y el precio – de una u otra son muy distintos.

A continuación se irá analizando desde un punto de vista sistemático, como es posible la incorporación del género a la estructura del delito, resaltando pros y contras de las técnicas de tipificación empleadas en uno y otro Código penal, sin olvidar que también debe ser tenido en consideración a la hora de determinar la naturaleza y duración de las penas.

### **3. TIPICIDAD Y GÉNERO**

La tipicidad es la categoría del delito en la que toma cuerpo el principio de legalidad penal, plasmando de forma clara las opciones político criminales del legislador. Desempeña, como es sabido, una función selectiva, pues sólo los comportamientos recogidos por un tipo penal, pueden ser sancionados con una pena, dejando el resto al abrigo de la sanción penal. De ahí que simultáneamente desempeñe una función garantista para los ciudadanos que quedan a salvo de intervenciones estatales de carácter puramente arbitrarias. Cierto es que la decisión de incluir o no determinados comportamientos en el Código penal corresponde al legislador que representa en democracia las tendencias políticas –y también político criminales- de la sociedad<sup>21</sup>. Ahora bien, para que en un Estado social y democrático de derecho la incriminación penal supere los límites establecidos en la Constitución, no es suficiente con que sea fruto de la decisión adoptada por un parlamento legítimamente conformado, pues además, ha de ajustarse a “derecho”.

Dogmáticamente la tipicidad desempeña también una función preventivo general básica, pues a través de ella, se envía a los ciudadanos un claro mensaje sobre cuáles son los bienes jurídicos que han de ser protegidos penalmente, a fin de que participen de su importancia y aprehendiéndolos, contribuyan a su protección simplemente con la abstención del comportamiento sancionado. De ahí que se hable de la función pedagógica de la tipicidad, porque patrocina los bienes jurídicos en juego, porque promociona su protección y porque se convierte, en definitiva, en baluarte que pregona una concreta orientación político criminal.

Pues bien, históricamente la tipicidad ha sido el elemento del delito más utilizado para plasmar esa concreta visión del género femenino ultra necesitado de

protección por un lado, pero simultáneamente, ultra necesitado de mayor castigo. En efecto, como se ha visto, en los Códigos penales de los siglos XIX y principios del XX, han existido figuras delictivas que señalaban en el tipo el sexo de los sujetos activos y pasivos, el fundamento patriarcal que las sostenía y las consecuencias que semejante decisión político criminal ha tenido. Lentamente, fruto de las reivindicaciones de los movimientos feministas, se eliminaron esos delitos marcadamente machistas que no venían más que a revictimizar a la mujer. Así, la regla general del Código penal de 1995 fue la asexualización de la letra de la ley, con la finalidad de que el principio de igualdad tomara cuerpo, por lo que se eliminaron referencias expresas a hombres y mujeres como sujetos activos y pasivos, delimitando a su vez con mejor fortuna los bienes jurídicos protegidos<sup>22</sup>.

Pues bien, cuando se creía ya que la sexualización de los tipos penales había pasado a la historia del Derecho penal positivo español, la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género*, ley que ha sido promovida por un sector del feminismo español y cuya aprobación se produjo con el acuerdo unánime de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, ha vuelto a sexualizar la letra de la ley en los delitos de lesiones agravadas (art. 148), maltrato singular (art. 153), y amenazas (art. 171) y coacciones (art. 172) leves<sup>23</sup>. Se trata de tipos penales doblemente especiales pues exigen que sujeto activo sea un hombre que además ha de estar o haber estado casado o unido sentimentalmente a su mujer víctima. La concurrencia de estos requisitos conlleva la imposición de una pena más grave para el hombre agresor y la correlativa mayor protección para la mujer, supuestamente, que cuando se trate de otras personas del ámbito familiar (por ejemplo, que cuando se trate de la mujer separada que realice los mismos actos sobre su marido con el que haya dejado de convivir)<sup>24</sup>.

A pesar de que la finalidad del legislador no es otra que la de proteger a las mujeres, históricamente desprotegidas por artimañas legales como las que han quedado señaladas anteriormente, hoy la opción político criminal seguida puede ser sometida a crítica. Basta pensar que, de nuevo, se vuelve a utilizar la tipicidad para plasmar, promocionándola, la necesidad de mayor protección que requieren las mujeres cuando son víctimas de determinados delitos, frente a otras mujeres victimizadas en otros ámbitos criminales o frente a los hombres en cualquier caso<sup>25</sup>.

Tres son las críticas que principalmente se pueden realizar a la opción seguida. La primera se refiere a la concreta selección de delitos en los que el sexo de los sujetos activos ha sido incorporado como elementos típicos. Así por ejemplo, puede sorprender que el hombre que amenaza levemente con matar a su esposa sea merecedor de una agravación de la pena, y sin embargo, no sufra una similar agravación cuando efectivamente la mata, en la medida en que en el delito de homicidio no se ha sometido a modificación alguna<sup>26</sup>.

La segunda crítica que puede hacerse a estos tipos penales sexuados se refiere a la segregación y a su correlativa colectivización de los sujetos implicados, pues se trata de castigar a un hombre por el concreto acto de violencia que ha cometido pero también por todas las veces que históricamente los hombres han maltratado a sus mujeres y de proteger a la concreta víctima pero además a todo el género femenino, hartos ya de soportar siempre las víctimas entre sus filas. Y ello supone la des-subjetivización del ilícito, al margen de ir en contra del principio de culpabilidad que exige dolo o imprudencia –necesariamente– personal para la



imputación subjetiva que se lleva a cabo en su seno. De ahí deduce que no se trata de castigar de una muestra de Derecho penal de autor<sup>27</sup>.

Estando así las cosas, todo apunta a que cada vez que un hombre históricamente “maltrate” a su cónyuge femenino, tendrá que responder por los concretos comportamientos que haya llevado a cabo (lesiones, coacciones, maltrato, amenaza) de los que es su autor, pero además se le hará “cargar” sobre sus espaldas el peso de la historia, esto es, se le hará responder por todas las culpas del género masculino que ha sometido durante años al género femenino, a modo de una especie de responsabilidad de carácter objetivo puramente moralizante y ejemplificadora, que sólo encontraría respuesta en el marco de un Derecho penal basado en las características de un autor –hombre- que pertenece al género que ha subyugado al otro<sup>28</sup>.

En el ámbito penal el problema que en particular se plantea es que en la medida en que es una rama del ordenamiento jurídico que parte de la responsabilidad personal, no puede tener en consideración más que al concreto autor de la particular conducta constitutiva de delito<sup>29</sup>. Además ha de partirse de que el Derecho penal es una rama del ordenamiento jurídico que liquida una responsabilidad que en todo caso tiene carácter individual, y no admite en sentido alguno la responsabilidad colectiva pues no cabe duda que la Ley Orgánica 1/2004 está teniendo en consideración la situación en la que históricamente se ha encontrado “el género femenino”, a consecuencia de la discriminación que hacia ella ha operado “el género masculino”, pues de forma contraria, se estará haciendo responsable penalmente –agravándole la pena- al hombre que someta a conductas violentas a su mujer por los actos que en un determinado momento histórico ha realizado, pero también por los actos que muchos hombres han venido realizando históricamente sobre las mujeres.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1991, de 4 de julio analizó las características de un derecho penal de la culpabilidad consagrado por la Constitución frente a otro de autor que estaría proscrito en nuestro ordenamiento jurídico. En ella se establece que “*no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal ‘de autor’ que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos*”. Se parte pues de la necesidad de constatar el principio de culpabilidad en relación con los concretos hechos realizados por el autor. En la misma línea incide la STS 34/2003, de 22 de enero en la que se afirma que “*la existencia de anteriores condenas por hechos semejantes o diferentes, no puede ser tenido en consideración por ningún órgano juzgador, como prueba reveladora de la comisión de un hecho delictivo, pues si lo hacemos entraríamos en un derecho penal de autor, plenamente superado e incompatible con el espíritu de la Constitución y sus valores fundamentales*”. A ello añade la STS 934/1999, de 8 de junio como característica de la culpabilidad la necesidad de que ésta sea entendida en todo caso como “*una entidad modificable y que hay hechos posteriores al delito que pueden modificar su significación originaria respecto a la pena aplicable. Todo lo contrario ocurriría si el nuestro fuera un derecho penal de autor, dado que desde esta perspectiva el carácter de autor no puede ser modificado ni compensado, tal como sucede con su tendencia al delito*”. Lo anterior sirve pues para caracterizar al derecho penal de la culpabilidad frente al derecho penal de autor en virtud de los siguientes datos: las penas han de ser determinadas en función de los hechos cometidos; la existencia de hechos realizados con anterioridad por el mismo sujeto no pueden servir para conformar el juicio de culpabilidad sobre un hecho posterior, menos aún si los hechos

anteriores no han sido cometidos por el autor; y, en tercer lugar, la culpabilidad no puede venir dada pues necesariamente ha de ser entendida en un sentido dinámico, que se adapte a las características del caso concreto. *A sensu contrario*, un Derecho penal de autor se caracteriza porque las penas vienen determinadas en función de la personalidad del autor; los hechos anteriores cometidos por ese mismo sujeto sirven para conformar el juicio de autoría sobre un hecho posterior y finalmente, la culpabilidad viene dada, en el sentido de que no admite parangón. Pues bien, la respuesta que en este punto ha dado el Tribunal Constitucional en relación a la constitucionalidad de las reformas operadas la LO 1/2004 no ha contestado a todas estas cuestiones.

La tercera de las críticas que ha de formularse se refiere ya no al tipo objetivo, sino al subjetivo. En efecto, la parte subjetiva del tipo está anidada en los delitos dolosos por el dolo del autor que ha de abarcar cada uno de los elementos típicos. La cuestión es si junto al dolo es necesario un elemento subjetivo especial como es el ánimo discriminatorio hacia la mujer víctima, pero también hacia todo el género femenino: pues los nuevos delitos de lesiones, maltrato, amenazas y coacciones no exigen ningún elemento subjetivo especial, basta con el dolo de lesionar, maltratar, amenazar o coaccionar, como ha venido a señalar el Tribunal Constitucional en sus distintos pronunciamientos sobre la constitucionalidad de la reforma penal operada por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género (la primera de dichas Sentencias fue la 59/2008, de 14 de mayo, a la que le han seguido con el tiempo otras tantas). De esta forma, la finalidad discriminatoria la presume el legislador, sin que en el caso concreto tenga que ser objeto de prueba.

Estas críticas vienen a intentar poner de manifiesto que quizás no sea la tipicidad el elemento del delito más idóneo para incorporar el género de los sujetos implicados, cuanto menos, de la particular forma que ha utilizado el legislador español.

Si se tiene en consideración que el Código penal brasileño ha incorporado a través de la Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006 una circunstancia agravante genérica en el art. 61, virtud de la cual, se impondrá pena superior cuando se cometa un delito *“con abuso de autoridad o prevaliéndose de las relaciones domésticas, de cohabitación o de hospitalidad, o con violencia contra la mujer en la forma especificada por la ley”*, manteniendo inmaculada la letra de la ley en los concretos tipos penales, sin distinguir el sexo ni del sujeto activo, ni del pasivo, podrá concluirse que, en efecto, el modelo legislativo español no era el único que se podía seguir y cómo en Brasil quedan solventados de esta forma los tres inconvenientes que plantea la regulación española y que han quedado resaltados. En efecto, en la medida en que se trata de una circunstancia agravante “genérica” es de aplicación a cualquier delito que cometa cualquier sujeto individual y además ha de probarse en todo caso que el dolo del autor abarca a los elementos objetivos de la propia circunstancia, sin que se presuma ningún elemento por parte del legislador, pues en todo caso, ha de concurrir junto al dolo de matar, lesionar, etc., el de discriminar a la mujer por el hecho de serlo<sup>30</sup>.

#### **4. ANTIJURICIDAD Y GÉNERO**

Como es sabido, la antijuricidad penal – derivada de la selección previa llevada a cabo en el tipo – ha de quedar en todo caso fundamentada en la presencia de un sólido bien jurídico que sostenga el análisis de ofensividad propio de esta

rama del ordenamiento jurídico. En este sentido, tipos penales que carecen de bien jurídico quedan deslegitimados como tales “delitos”. Por tanto, sólo cuando éste sea identificado, quedará materialmente legitimada su existencia si a su vez las conductas sancionadas son idóneas para lesionarlo o ponerlo en peligro<sup>31</sup>.

De esta forma, la intervención del Derecho Penal quedará restringida a la tutela de bienes jurídicos de elevada importancia social en un determinado momento histórico para los individuos y para éste en cuanto miembro de la colectividad, y sólo (carácter fragmentario del Derecho Penal) frente a los ataques más graves a ese bien jurídico de forma que el desvalor de resultado que sustente el injusto penal sea fruto de las acciones más desvaloradas socialmente, para uno y otro, conjuntamente, sobrepasar el juicio crítico del principio de necesidad de pena en la culpabilidad<sup>32</sup>. En este sentido, como se ha visto, no es extraño encontrar históricamente ejemplos en los que se han protegido “supuestos” bienes jurídicos de exclusiva titularidad femenina: así en materia de delitos relacionados con la honestidad sexual, pero también con las relaciones familiares, se pretendían proteger la honra de la mujer que, al sufrir el trauma del delito, quedaba imposibilitada para el matrimonio, objetivo para el que las mujeres han sido educadas; por todos es conocido que la soltería llevaba aparejada la soledad y, de su mano, la pobreza o el encierro en el convento.

La progresiva eliminación de tipos penales que carecían de bienes jurídicos dignos de tutela ha venido a robustecer la fuerza de las actuales leyes penales, en las que aquél ha terminado por ser reconocido como el “*elemento iluminante del delito*”<sup>33</sup>.

En esta línea, no puede pasar desapercibido el debate doctrinal suscitado en España con la inclusión en el Código penal de los delitos de lesiones agravadas (art. 148), maltrato singular (art. 153), amenazas leves (art. 171) y coacciones también leves (art. 172), en la medida en que una vez que se abandonó la idea de que su fundamento fuera la discriminación positiva, en la medida en que las leyes penales no pueden incorporar ninguna clase de discriminación, pues parten del principio de igualdad, o se identificaba un bien jurídico propio en estas figuras, o quedarían huérfanas de justificación. Aunque se trate de tipos penales que atentan contra bienes jurídicos distintos, que están protegidos en distintas sedes dentro del Código penal, si se tiene en consideración que todos ellos fueron incorporados a través de la misma Ley Orgánica 1/2004, de protección integral frente a la violencia de género, el plus que suspenda el incremento de pena en todos ellos ha de ser el mismo.

Después de una serie de años de espera, finalmente el Tribunal Constitucional español ha venido a identificarlo más o menos con la “*pertenencia al género femenino históricamente discriminado a manos del masculino*”<sup>34,35</sup>. Este es el “grupo menospreciado” al que se refiere la STC 59/2007, de 14 de mayo, desde donde habría que deducir quién es el grupo menospreciante: el formado por los hombres, o lo que parece ser lo mismo, el género masculino, que es el “culpable” de la situación en la que se encuentra aquél; con ello se está adelantando que el cálculo de la culpabilidad del autor va a dejar de hacer en clave individual, en beneficio de un concepto colectivo.

De nuevo, en sede de antijuricidad vuelve a salir a relucir la necesidad que tienen las mujeres de ser protegidas más por parte del ordenamiento. Así, el Tribunal Constitucional afirma la mayor pena para el hombre obedece a la “*mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas. Tal necesidad la muestran las altísimas cifras*”

*en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja. Esa frecuencia constituye un primer aval de razonabilidad de la estrategia penal del legislador de tratar de compensar esta lesividad con la mayor prevención que pueda procurar una elevación de la pena”.*

Semejante bien jurídico puede traer consigo una serie de efectos secundarios como son la proclamación de un conjunto de presunciones *iuris et de iure*.

La primera de ellas es que todas las mujeres, desde el momento en el que establecen relaciones sentimentales con los hombres, son más vulnerables que éstos. En efecto, puede comprenderse como el Tribunal Constitucional deja sentado que el sexo de los sujetos activos y pasivos es “causa” de la mayor ofensividad de la conducta, no mero factor que incremente el riesgo<sup>36</sup> y lo presume en todo caso. El legislador ha levantado la Ley Orgánica 1/2004 partiendo del dato objetivable en los índices estadísticos de que el hecho de ser mujer es “causa” de mayor vulnerabilidad. Distinta hubiera sido la situación si se hubiera relegado al ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal la apreciación o no del móvil discriminatorio, como ha hecho Brasil, pues en este caso, sólo entraría en aplicación cuando efectivamente el agresor actuara movido por sus ideales machistas. Pero no ha sido así, obviamente<sup>37</sup>.

Desde aquí también se ofrecen argumentos para volver a afirmar que la víctima de estas conductas no sería ya la concreta mujer que ha sufrido en sus carnes los actos de violencia, sino el género femenino y que autor del delito no sería ya el hombre que en particular ha llevado a cabo los actos constitutivos de delito, sino todo el género masculino. Con ello, se sobrepasa la perspectiva de la responsabilidad individual que como es sabido es la que se liquida en el ámbito penal. Y se consagra a su vez una segunda presunción *iuris et de iure*: la pertenencia al género femenino determina la mayor vulnerabilidad de las mujeres, lo que justifica la ultra protección<sup>38</sup>.

Por otro lado, no se entiende por qué el bien jurídico colectivo sólo se menoscaba cuando se llevan a cabo los concretos delitos cuyas penas se han visto agravadas y no en otros casos en los que el resultado producido es más grave: resulta un tanto cuestionable que el género femenino se lesione sólo cuando levemente se amenaza con causar la muerte, y no cuando se mata a la concreta mujer históricamente objeto de violencia. Quizás en el proceso de selección de las concretas conductas que han visto sus penas agravadas se está poniendo de manifiesto que el legislador pensó en el riesgo de que tras unas amenazas o un mal trato leve, se produjera posteriormente un atentado contra la integridad física o la vida de esa concreta mujer descontextualizada del histórico momento que le ha tocado vivir. Esto es, no se trataría más que de meras presunciones legales, de sospechas, de que en otra ocasión puede llegar a matar a la mujer. Pero los delitos de sospecha en un Estado social y democrático de derecho -que en lo penal se traduce en el principio del Derecho penal de hecho- han de quedar proscritos. Parece pues que se trata de delitos que requieren que la víctima quede con vida para poder presumir que en un futuro el autor puede repetir sus actos e incluso aumentar la gravedad de los mismos, contra esa víctima o contra cualquiera otra que reúna los requisitos de sexo y de “estado civil” (por este motivo, y no por otro, no ha procedido el legislador a incluir una agravación dentro del delito de homicidio similar a que ha incluido en los delitos reformados por la LO 1/2004, en

la medida en que una vez muerta ya la víctima, no existirá riesgo de que vuelva a ser víctima de ese agresor).

Por lo mismo, téngase en consideración que afirmar que en cada acto de violencia de género se está lesionando a todo el género femenino, supone extrapolar aun más la afirmación de partida: no es que esa mujer casada en esas circunstancias sea inferior al hombre, es que todas las mujeres por definición, y por razón de género son –somos- inferiores a los hombres por lo menos desde el momento en el que contraemos matrimonio o convivimos o simplemente cuando establecemos una relación con un hombre sin convivencia<sup>39</sup>: esto supone una criminalización de partida del género masculino, y sucesivamente, una victimización de llegada del femenino.

Pero además, la restricción operada *ope legis* pone de manifiesto que se restringirían también los supuestos en los que el bien jurídico de carácter colectivo se vería afectado a aquellos en los que se trata de discriminación hacia determinadas mujeres, no respecto a todas. Parece que el propio bien jurídico colectivo debería determinar que siempre que una mujer –que forma parte del colectivo- se viera históricamente afectada por un acto de violencia, aquél debería resentirse, no sólo cuando se trate de una mujer casada, sino cuando se trate de una mujer víctima de violencia por ser mujer, ya sea dentro del ámbito familiar (la hija objeto de violencia a manos de su padre o de su hermano por ejemplo en razón a su género) o en la sociedad en su conjunto (por ejemplo, en su ámbito laboral a través de la discriminación por razón de sexo, o en el acoso sexual).

De esta forma se concluye que el movimiento feminista radical que ha conseguido legalizar en España sus puntos de vista, ha partido de un craso error: su confianza ciega en el Derecho penal como medio represor por excelencia. En opinión de ZAFFARONI *“para introducir reformas legales de este tipo no hay ninguna necesidad de que el discurso feminista se contamine con el discurso reaccionario e inmoral del valor simbólico, de que aparezca vinculado a los esfuerzos legitimantes de los teóricos del pensamiento único en derecho penal, que se confunda con discursos contrarios a los derechos humanos, que reivindique una represivización propia de políticos necesitados de medios y de demagogos autoritarios extrasistema del tipo de Le Pen o Haider, ni que se pliegue al embate de corporaciones policiales contra las garantías, es decir, no hay necesidad de que se destruya como discurso reivindicador y antidiscriminatorio... El feminismo no necesita legitimar el discurso del poder punitivo. Más aún, no debe hacerlo, para salvar su potencial de transformación social, que es la gran esperanza de quienes luchan contra las restantes discriminaciones”*<sup>40</sup>.

Sobre todo porque estos fenómenos de discriminación legal hacia determinados colectivos puede provocar que se retroalimenten los distintos grupos de personas marginadas por su pertenencia a ese concreto colectivo. Esto es, puede que los ahora marginados –los hombres, por su pertenencia al género masculino- se organicen y ante la evidencia de que a ellos -por ser “ellos”- cuando someten a actos de violencia a sus esposas o compañeras sentimentales, les corresponde mayor pena, se consoliden en sus ideales machistas, perpetuando por un lado a la mujer en el lugar en el que históricamente el pensamiento patriarcal la ha situado y además, sin posibilidad de salir de la situación en la que se encuentran porque se auto convencerán en sus errados y denostados principios, por lo que legalmente se estaría dificultando la reinserción social de cada uno de los hombres que en un concreto momento histórico someta a actos de violencia a la mujer con la que mantiene o mantuvo vínculos sentimentales familiares. Las respuestas

penales que globalizan la responsabilidad criminal no sirven más que para sostener los ideales que las sostienen<sup>41</sup>.

Por otro lado, de esta forma se estaría reconociendo que al día de hoy los hombres – como conjunto – se caracterizarían por mantener un desprecio histórico y actual hacia la dignidad de la mujer, pues en la medida en que se individualiza a ese concreto sujeto pasivo colectivo de género femenino, es como si a los hombres como género y cada uno de ellos como persona, no les afectara esta situación. Se les privaría pues de la titularidad de dicho bien jurídico. En este sentido, hay que afirmar que la igualdad de hombres y mujeres será alcanzada cuando tanto unos como otras se conciencien de su necesidad en virtud del respeto que toda persona se merece por el hecho de serlo, y de las cuales, sin distinción de sexo alguno, se predica su dignidad: por ello, no parece un punto de partida correcto para alcanzar la igualdad privar al 50% de la humanidad de la titularidad de tal derecho. Medidas como la tutela compartida de los hijos en caso de separación y divorcio o la prolongación del permiso de paternidad van dirigidos no a conceder derechos que han sido privativos de las mujeres a los hombres, sino a familiarizar la responsabilidad sobre los hijos, en definitiva van dirigidos a concienciar a los hombres sobre su papel en la familia, papel que nada tiene que ver con ese otro tradicional en el que han sido ellas las que se han ocupado del cuidado de los hijos y del hogar. Por ello es bien recibida la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cuyo objeto “es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y la eliminación de toda discriminación contra la mujer”, reconociendo derechos laborales y familiares a los hombres. Es curioso sin embargo que el legislador haya entendido con esta Ley que la única vía para superar la lacra social del machismo sea la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en ámbitos como el laboral o el familiar –utilizando para ello la técnica de las acciones positivas y de la discriminación del mismo signo- y sin embargo que cuando se trata de la intervención penal, se olvide de dicho paradigma consagrando la desigualdad jurídica de aquéllos.

Todo lo anterior conduce a afirmar que el bien jurídico pertenencia al género femenino históricamente subyugado a manos del género masculino no puede ser admitido en un ordenamiento que parta del principio de ofensividad –y de culpabilidad-, en la medida en que estaría sosteniendo el desvalor de acción en el mero hecho de pertenecer al género masculino el autor, con lo que estaría afirmando que se trata de un supuesto de responsabilidad puramente objetiva y, a la vez, desde el punto de vista del desvalor de resultado, se trataría de proteger un bien jurídico de carácter supra individual, que puede terminar olvidándose de la concreta víctima que en un determinado momento es víctima de violencia a manos de su marido o de su compañero sentimental<sup>42</sup>: posteriormente se analizarán las consecuencias en el ámbito de las penas.

El Código penal brasileño no cae en ninguno de estos problemas, pues no protege más que la vida, la integridad, el honor, etc., agravando la pena en particular cuando concurren los requisitos exigidos en la agravación.

## 5. CULPABILIDAD Y GÉNERO

La culpabilidad, previa la realización de un hecho doloso o imprudente tipificado por la ley penal y sin que concurren causas de justificación completas, individualiza la reacción por parte del ordenamiento jurídico ante el sujeto que ha realizado el hecho antijurídico a través del cual pone de manifiesto que no puede

asumir o que no quiere hacerlo el mensaje valorativo contenido en la norma penal, esto es, que no participa externamente de la importancia de los bienes que el ordenamiento jurídico penal ha seleccionado para otorgarles la máxima protección de que dispone. Esto nos lleva a afirmar que la culpabilidad no es otra cosa que culpabilidad por el hecho. De ahí que un Derecho penal de autor, que se base en las características del sujeto activo, haya de quedar proscrito<sup>43</sup>.

Si se entiende que la culpabilidad se fundamenta en positivo en la motivabilidad individual<sup>44</sup>, y se dejan al margen ya otras interpretaciones de la misma en clave puramente arbitristas, podrá entenderse que en su interior se acumulan una serie de elementos que vienen a concretar en términos jurídico penales cuándo un sujeto es merecedor de pena. Así, si se trata de alguien que por determinadas causas no es capaz de comprender la ilicitud de su hecho, o comprendiéndola, no es capaz de comportarse de acuerdo con dicha comprensión, no podrá ser considerado culpable. De esta forma, los elementos que conforman la culpabilidad vienen simplemente a señalar la causa que impide dicha comprensión que, en el caso de la inimputabilidad, será la alteración mental de carácter permanente o transitorio, en el error de prohibición, la creencia errónea de la licitud de su comportamiento o de la existencia de una causa de justificación, y en la no exigibilidad de un comportamiento distinto la situación de motivación anormal. En todos estos supuestos, el sujeto será declarado no culpable y será exento de pena, aunque en el caso de la inimputabilidad entren en juego –en su caso- las medidas de seguridad.

Si se tiene en consideración los factores puramente individuales que, construida en positivo la culpabilidad de forma interactiva, vienen a excluirla, podrá compartirse que es una categoría del delito en la que es fácil “personalizar” la responsabilidad criminal, partiendo de las características del autor.

Pues bien, varias son las cuestiones dignas de mención cuando se entra al análisis de este elemento del delito y su relación con el género. En concreto, ha de resaltarse que se trata de un elemento del delito que ha tenido –y tiene- un amplio protagonismo en el ámbito del pensamiento patriarcal, pero también para algún sector del feminismo: basta pensar que, por un lado y con una u otra orientación, se ha llegado a afirmar o a negar la propia esencia de la culpabilidad, esto es, esa capacidad de motivación por la norma, pero por el otro, se ha sometido a duda la posibilidad de admitir o no las causas que en particular la excluyen. Unos y otros en definitiva vienen a poner de manifiesto que en la medida en que la culpabilidad es una categoría del delito que tiene en consideración aspectos puramente individuales, es manipulable pero propugnan su utilización en bloque, por lo que se desnaturaliza su esencia.

En el primero de los sentidos apuntados, se ha dicho que el maltratador no puede ser motivado por la norma, esto es, que no es capaz de comprender la realidad de sus hechos o que, comprendiéndola, no es capaz de comportarse de acuerdo con dicha comprensión. En este sentido, bastaría afirmar con carácter general como en cualquier otro sector de la criminalidad, que no concurre *a priori* ningún factor que niegue dicha capacidad en este caso. Con lo cual, habrá que estar al caso individual y examinar las características del supuesto concreto.

Por lo que se refiere, en el segundo de los sentidos apuntados a la negación de los elementos que la vienen a eliminarla, de nuevo, no cabe hacer afirmación de carácter genérico alguno. En este sentido, afirmar que el maltratador es una persona inimputable, porque padece una alteración psíquica (celopatía o alcoholismo, por ejemplo) que le impide la comprensión de sus actos, es una

afirmación que se cae con carácter general por su propio peso: nada impide que, en efecto, una persona que padezca una alteración mental someta a actos violentos a su pareja mujer, pero de ahí a afirmar que con carácter general ya tiene alteradas sus facultades mentales, hay un gran paso. En todo caso, de ser así, a pesar de que no se le imponga pena, los ordenamientos jurídicos modernos están preparados para actuar sobre él a través del régimen de las medidas de seguridad cuya finalidad preventivo especial salta a relucir a primera vista. Todo ello sin olvidar que habrá que comprobar, en efecto, si el estado en el que autor comete su delito ha sido preordenado para la comisión (por ejemplo, ingesta de bebidas alcohólicas), lo que determinará en virtud de la teoría de la *actio libera in causa* que no sea tenido en consideración.

En el caso del error de prohibición, tampoco es que haya sido pacífica su admisión ni su rechazo con carácter general. Podría pensarse en el sujeto que alegara en su defensa que creía que ordenamiento jurídico le permitía someter a actos violentos a su mujer. Quizás en otros momentos históricos en los que el patriarcado ha actuado tan cruelmente con las mujeres este planteamiento podría haber corrido buena suerte. Sin embargo, al día de hoy, con las campañas de sensibilización que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural han puesto en marcha, sensibilizando a la opinión pública sobre la dignidad personal de las mujeres y del derecho de ésta a disfrutar de los que como ciudadanas les corresponde, parece imposible que el mencionado error tenga posibilidad alguna de que prospere. Basta pensar por ejemplo la importancia que la *Ley Orgánica 1/2004 de protección integral frente a la violencia de género* en España o la *Lei Maria da Penha número 11.340, de 7 de agosto de 2006* dedican respectivamente a los medios de comunicación social que, en determinados momentos y sobre todo para determinados sectores de la sociedad, cumple la función social de educar en valores<sup>45</sup>. Difícilmente va a poder ser apreciado por parte del juez el desconocimiento de la norma.

Finalmente, parece que poco espacio queda en puridad de principios a la exigibilidad de un comportamiento distinto: siempre hay una vía alternativa para hacer frente a posibles situaciones extremas pues la separación de hecho o el divorcio son medidas alternativas admitidas por los ordenamientos jurídicos de nuestra cultura.

Todo apunta a que más que dar respuestas globales a los fenómenos criminales que son, por definición, complejos, habrá que darle una oportunidad al elemento culpabilidad en el seno de la teoría del delito.

## **6. Punibilidad y género**

La punibilidad como categoría autónoma dentro de la estructura del delito sigue siendo, como es sabido, discutida<sup>46</sup>. Sin entrar en mayor polémica, puede afirmarse que si no se desea que aquellos elementos que exigen algunos delitos que ni son elementos del tipo - porque no han de ser abarcados por el dolo del autor-, ni de la antijuricidad -porque no afectan ni al bien jurídico protegido-, ni de la culpabilidad -porque no se relacionan con la capacidad de motivación por la norma-, vaguen sin un lugar sistemático que permita otorgarles un tratamiento homogéneo, habrá que admitir este último escalón cuyo paso supone ya la confirmación de la punición de la conducta llevada a cabo. En este sentido, las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas absolutorias, las condiciones



objetivas de procedibilidad también merecen tener un lugar propio en el pensamiento sistemático.

Si se tiene en consideración el concreto fenómeno de la violencia que sufren las mujeres en sus ámbitos familiares, en esta sede, saltan a relucir dos cuestiones.

La primera, la posibilidad de admitir o no excusas absolutorias. En efecto, el art. 268 del Código penal español declara la exención de responsabilidad criminal y exigiendo tan sólo responsabilidad civil a *“los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación”*. El art. 181 del Código penal brasileño dispone lo mismo cuando se cometan los delitos patrimoniales contra el cónyuge cuando exista sociedad legal de gananciales, así como en los casos de ascendiente o descendiente. En este sentido, una de las formas más tradicionales del maltrato, la patrimonial, a la que expresamente hace referencia la *Lei Maria da Penha*, y respecto de la cual guarda silencio la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género en España*<sup>47</sup>, no da lugar a responsabilidad criminal, porque basta con que el agresor lo alegue en su descargo. Con ello, en muchos casos, la víctima queda completamente desprotegida en el ámbito penal, porque su aplicación es automática.

Pero sin duda alguna, es el ámbito de las condiciones objetivas de procedibilidad el que mayores dudas plantea. En efecto, durante años, el ordenamiento jurídico español ha venido a exigir para la incoación del proceso penal, la denuncia por parte de la ofendida (delitos de maltrato, o delitos contra la libertad sexual, por ejemplo). Y paralelamente, admitía valor como causa de extinción de la pena al perdón de la ofendida (como ha ocurrido durante años en el ámbito de los delitos de contenido sexual). Uno y otro requisito venían a acorrallar procesalmente a la víctima en la medida en que si ella no interponía la denuncia, o si interpuesta y condenado el agresor, le perdonaba, al final de todo el proceso, agresor y víctima volvían a su ámbito familiar, caldo de cultivo para que las situaciones violentas, no solamente se repitieran, sino que se agravaran pues sin duda alguna, como hoy ponen de manifiesto las estadísticas oficiales, la interposición de la denuncia por parte de la víctima es una de las causas que amplifican los actos de maltrato –en número y entidad-<sup>48</sup>.

Ambas posibilidades venían a poner de manifiesto el desconocimiento absoluto por parte del legislador del fenómeno que representa esta particular clase de violencia: en efecto, el problema principal con el que se topa la sociedad actual para hacer frente a la violencia que sufren las mujeres en sus ámbitos familiares es que las víctimas tardan en dar el paso de interponer la denuncia, y no precisamente porque estén conformes con la situación que viven –que padecen-, sino porque se encuentran sumidas en un proceso en virtud del cual todo les va a parecer demasiado lejano. Y entre este “todo” se encuentran también incluidas las medidas que los ordenamientos jurídicos –como el español o el brasileño– contemplan para ayudarlas a salir de semejante callejón para las cuales no tiene otra salida que soportar los actos violentos. El hecho de que ellas no puedan dar el paso de interponer la denuncia hace que se perpetúen las condiciones materiales para la reiteración de los actos violentos, sin darse cuenta que son ellas mismas las que están haciendo que su vida –y en muchos casos, las de sus hijos– están en peligro por su propia inactividad. Lo cierto es que no pueden hacer otra cosa que

soportar esa violencia, al menos hasta que consigan separarse del vínculo tan poderoso que les ata a sus agresores.

En España, el hecho de que poco a poco se hayan ido eliminando estos inconvenientes procesales ha generado que hayan sido otras personas quienes hayan intervenido para atajar estas situaciones: los familiares –que en muchos casos saben perfectamente los hechos que padece la víctima-, los vecinos –testigos esenciales de estos hechos criminales que se llevan a cabo la mayoría de las veces en el propio ámbito familiar- y los amigos –bastión al que se agarran las víctimas hasta que el agresor consigue romper todos los vínculos entre ellos- son quienes con sus denuncias están ayudando a atajar estos actos violentos, a pesar de que en muchos casos la propia víctima: se trata de actos que han dejado de ser privados y han pasado al ámbito de lo público.

Sin duda alguna, el hecho de que haya de valorarse positivamente la posibilidad de que terceras personas interpongan la denuncia, no significa que con semejante medida no se pueda llegar al extremo de estar vulnerando la intimidad de las víctimas. Sin embargo, este riesgo se corre en cualquier clase de delito (por ejemplo, en los delitos contra la vida, o en los delitos contra la libertad ambulatoria): la discusión pasa a ser la general o común que existe en cualquier parcela de la criminalidad, en la medida en que los trapos sucios han dejado de lavarse por fin en casa.

## **7. SISTEMA DE PENAS Y GÉNERO**

En el ámbito de la selección y de la determinación de la pena a imponer al autor del delito, tampoco puede despreciarse la variable género. En efecto, la constatación del dato de que durante décadas el Derecho penal ha revictimizado a las víctimas, ha hecho surgir el siguiente interrogante: si las penas y las otras consecuencias jurídicas del delito pueden volverse en contra de las propias víctimas, será posible también articular un sistema capaz de neutralizar esos efectos. En particular, el ámbito de la violencia de género, es idóneo para llevar a cabo una lectura de los fines de la pena prestando atención a sus víctimas, sin necesidad de modificar la letra de la ley, pues el juez está obligado a concretar la pena, teniendo en consideración todos los datos concurrentes, entre otros, la situación en que se queda la víctima con la imposición de la pena<sup>49</sup>.

Hay que partir de que a través del delito se establece una relación que no es de tipo lineal entre el Estado y el delincuente, sino que tiene la forma de un triángulo<sup>50</sup>, y en cada uno de sus vértices se sitúan el Estado, el delincuente y la víctima, que de esta forma quedan entrelazados, y un sistema penal que persiga la protección de bienes jurídicos a través de la prevención no puede desentenderse gratuitamente de las víctimas de los delitos. En sus justos términos, este es el papel que le debe corresponder a la víctima en Derecho penal: portadora de los bienes jurídicos en juego, lo que no significa que se actúe de espaldas a sus intereses; si bien, una vez que se la priva de la titularidad individual del mismo, se producen una serie de efectos negativos.

Esta forma de orientar la política criminal, salvaguardadora de los derechos del sujeto delincuente y respetuosa con la víctima será la única vía para que ésta pierda el miedo a denunciar estas situaciones vejatorias y de esta forma, acabar con la elevada cifra negra de criminalidad existente en esta materia, de forma que salga a flote la bolsa de delincuencia oculta: sólo entonces, en virtud de los datos

reales, podrá lucharse positivamente contra el problema de la delincuencia. Este es el camino para alcanzar la justicia material.

Por lo que toca a los delitos en los que la mujer es la víctima, tampoco escasean ejemplos a lo largo de la historia en los que la selección de la pena a imponer al autor se ha vuelto en contra de los intereses de la propia víctima. En este sentido, castigar al autor con una pena de multa, por ejemplo, en los supuestos de dependencia económica, puede estar haciendo recaer el pago de la misma en la víctima (algo que expresamente prohíbe el art. 17 de la *Lei Maria da Penha*). O si se decreta la suspensión de la ejecución de la pena al agresor, sin que se adopten medidas que impidan que éste se acerque a aquéllas, las está directamente poniendo en peligro. O se ponía en libertad al condenado y no se avisaba a la víctima (situaciones hoy imposibles de reproducir ni en España ni en Brasil porque así lo disponen las leyes española y brasileña contra la violencia de género –art. 21 *Lei Maria da Penha*).

En España, al día de hoy puede decirse que una vez eliminadas estas penas, desde el campo de la penología se apuesta fuertemente por las penas de alejamiento (el Código penal brasileño lo incluye dentro de las penas de interdicción en el art. 47.IV en la modalidad de prohibición de frecuentar determinados lugares y como pauta en materia de suspensión en el art. 78.2 y como medida cautelar en el art. 22 de la *Lei Maria da Penha*), y por la pena de prisión, si bien, ambas penas siguen planteando afinadas aristas.

Respecto a la primera, ha de partirse de que es una pena incomprensible si no se tiene en consideración que en su ejecución están implicadas –cuanto menos– personas, es decir, el agresor y la víctima, de forma que por la comisión del delito por parte del primero y por mantener la seguridad de la segunda, “ambos quedan condenados a no acercarse”. Ahora bien, si la víctima sí quiere que se produzca lo que la norma prohíbe, esto es, si quiere acercarse a su agresor, el alejamiento obligatorio se convierte en pena para ambos. En este punto, si la víctima después de la agresión decide seguir adelante con la relación –por ejemplo– que le une al marido o al compañero sentimental, con la imposición obligatoria del alejamiento, se le estará condenando a ella misma por la comisión de un delito que ha cometido un tercero<sup>51</sup>.

El régimen especial previsto en el art. 57.2 ha planteado graves problemas de aplicación, en la medida en que la imposición automática de la pena, con independencia de las características del caso concreto, ha provocado situaciones paradójicas en las que las propias víctimas se han visto involucradas en la dinámica penológica, al incitar al condenado a que se acercara a ellas, o acercándose ellas directamente, o permitiendo con agrado el acercamiento iniciado por aquél. En todos estos casos, la posibilidad de hacer responder a la víctima como partícipe del delito de quebrantamiento de condena cometido por el autor, eran amplias, y no ha recibido un tratamiento homogéneo por parte de la jurisprudencia. La Sala Segunda del Tribunal Supremo, constituida como Sala General el 25 de noviembre de 2008 adoptó finalmente un acuerdo relativo a los casos de medidas cautelares de alejamiento –extendido también a los supuestos en los que el alejamiento se impone como pena por la STS 14/2010, de 28 de enero– cuando la víctima consienta el acercamiento: “*el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468*”. De esta forma, se cierra el debate en torno al castigo del condenado, pero se deja abierta la posibilidad de proceder contra la víctima como su partícipe<sup>52</sup>. El Tribunal Constitucional español, finalmente en su Sentencia 115/2010, de 24 noviembre ha venido a afirmar que,

de nuevo, entra dentro de las amplias facultades que tiene el legislador para seleccionar qué conductas son constitutivas de delito y con qué concretas penas se señalan, de forma que si ha decidido en virtud de su legitimidad democrática imponer en todo caso el alejamiento cuando de determinadas clases de criminalidad se trata, esa es ya –de por sí– una decisión legítima, olvidando que incluso en el Estado democrático de derecho no todo vale, pues sus decisiones han de someterse al “derecho”, por muy democráticas que en las formas sean, dejando las cuestiones principales planteadas sin respuesta.

La solución óptima debería pasar por examinar en el caso concreto los requisitos de gravedad de los hechos y el peligro que el delincuente represente y en virtud de ello, decretar o no la imposición de la pena de alejamiento, lo que conlleva la eliminación del art. 57.2: en tanto que ello suceda, la víctima del delito que libremente decida reiniciar –o no interrumpir siquiera– su relación con el agresor, será revictimizada por el sistema penal. Es cierto que con la imposición de esta pena con este carácter obligatorio se intentan evitar nuevas agresiones a la vida o la salud de estas personas. Pero a pesar de ello, negarle el derecho a la víctima a autodeterminarse, supone, como señala el Auto del Juzgado de lo Penal de Madrid de 29 de junio de 2005, reproducir los patrones del machismo legalmente: *“porque cuando los poderes públicos desatienden el deseo de la víctima de continuar conviviendo o relacionándose con el condenado provocan un efecto contrario al objetivo del empoderamiento, a la necesidad de que la mujer reasuma su proyecto de vida, se libere de la sumisión que ha padecido, estrategias básicas para que recupere su autonomía y la capacidad de decisión. De esa manera, la mujer pasa de estar sometida al maltratador a estarlo al Estado. Que la mujer recupere el control de su vida es uno de los objetivos prioritarios de todas las terapias relacionadas con la violencia doméstica. Imponerle una prohibición o una medida de protección que ella no desea es persistir en el mito de que es incapaz de decidir por sí misma”*<sup>53</sup>.

Optar por eliminar el carácter obligatorio de la imposición de esta pena no supone dejar a la víctima sin protección alguna, en la medida en que para evitar posibles y futuros comportamientos de esta clase bastaría con relegar a los servicios sociales el seguimiento de esa vida en pareja durante un periodo de tiempo. De esta forma, se respetaría la voluntad de la víctima y se le ofrecería el apoyo necesario; asimismo, sería una forma de despenalizar el problema, dándole de todas formas una solución pública, nunca privada aunque respetando la voluntad de la víctima<sup>54</sup>.

Ahora bien allí donde se adopte, el alejamiento ha de ser controlado de forma eficaz, a través de medios telemáticos de control que recaigan sobre el agresor, no sobre la víctima. El hecho de que se le proporcione a esta un teléfono móvil, o de que se someta la víctima a un proceso de teleasistencia en el hogar, no debe venir a suplir el control sobre el agresor, que es quien ha cometido el delito. Solo cuando la víctima voluntariamente se someta a estos medios, han de ser bienvenidos. Pero con ello, si no se ponen en marcha otros mecanismos de control (GPS), de nuevo se estará ante un proceso de revictimización pues se controla al maltratador a costa de la libertad y de la intimidad de la víctima.

Pero como se decía, también la ejecución de la pena de prisión está siendo hoy sometida a críticas en lo que al tratamiento de los maltratadores se refiere. Problema que en Brasil ha resuelto directamente la Lei Maria da Penha modificó la Ley de Ejecución penal, en cuyo art. 152 se establece que *“en los casos de violencia doméstica contra la mujer, el juez podrá determinar la concurrencia obligatoria del*

*agresor a programas de recuperación y reeducación*". En España, todo lo relativo al tratamiento del agresor se somete aún a una serie de interrogantes.

Los presupuestos requeridos para que una persona condenada por la comisión de un delito relacionado con la violencia de género sea sometida a "tratamiento" son bien distintos. Así, si se impone como medida de seguridad o como pauta de comportamiento en materia de suspensión y sustitución, no se exige su consentimiento. Sin embargo, dentro del establecimiento penitenciario, o el condenado se aviene a participar en estos programas, o no se le podrá obligar. Sin embargo, en todos los casos se persigue el objetivo de la recuperación del delincuente y, por ende, de su reinserción social. Son muchas las cuestiones complejas que plantea el tratamiento<sup>55</sup>.

La primera, la rentabilidad de los mismos. En este sentido, cuando en el año 2000 empezó en España el debate en torno a su puesta en marcha en prisión<sup>56</sup>, un sector del feminismo se mostró reacio a la iniciativa, en el entendimiento de que todos los recursos públicos deben ser destinados a la recuperación de la víctima, sin desperdiciar una moneda en los maltratadores<sup>57</sup>. Por otro lado, se afirma que "tratar" al maltratador, es sinónimo de considerarle un enfermo, lo que a efectos penales conlleva el tratamiento como imputable y, en definitiva, eximirle de cumplir una pena<sup>58</sup>. En palabras de LORENTE ACOSTA: "*el tratamiento del agresor como medida generalizada es un error, tanto por el fracaso de sus objetivos (no se suele reeducar ni resocializar ni rehabilitar) como, y lo que es más grave, por ayudar a perpetuar la idea de que agredir a la mujer no es tan grave como hacerlo a otra persona*"<sup>59</sup>.

Ambas críticas han de ser fuertemente contestadas, partiendo de las cifras de reincidencia en el delito en relación con los condenados que se han sometido a ellos y los que no lo han hecho<sup>60</sup>. *A priori*, hay datos suficientes para afirmar que con su puesta en marcha, salen beneficiados el agresor (porque va a contar con apoyo especializado en el control de su agresividad, su ira, su odio, su impotencia, su desprecio, etc.), la víctima (que puede volver a verse involucrada en un acto de violencia, teniendo en cuenta las espirales que marcan estos delincuentes en sus relaciones personales con aquélla y, sobre todo, teniendo en cuenta que muchas vuelven a convivir después de interponer la denuncia, factor que incrementa las posibilidades de que se reiteren los actos violentos), otras potenciales víctimas (no es infrecuente que el maltrato se extienda con el tiempo hacia otros miembros de la unidad familiar)<sup>61</sup>, y la propia sociedad en su conjunto, que con la aprobación de la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral frente a la violencia de género* intenta luchar contra esta lacra social para hacer efectiva la igualdad de hombres y mujeres a través, entre otros instrumentos de estos programas, en prisión y fuera de ella.

Si se tiene en cuenta que, el art. 25 de la Constitución española establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social, el mayor acierto o desacierto en el diseño de estos programas puede discutirse, lo que sin embargo no puede someterse a duda es que la pena de prisión está configurada desde un punto de vista dinámico: jamás puede ser considerada un fin en sí misma, sino que con ella se han de alcanzar fines "*estarán orientadas...*". Durante el internamiento de un condenado en prisión o durante el tiempo en que el Juez o Tribunal haya dejado en suspenso la ejecución de la pena de prisión por imperativo constitucional ha de estarse en condiciones de llevar a cabo un tratamiento resocializador sobre el condenado con la finalidad de que una vez recuperada la libertad, el maltratador no vuelva a hacerle la vida

imposible a las personas que le rodean, con independencia de que en su foro interno siga pensando o deseando comportarse de manera diferente, pues en esto consiste la resocialización: *“que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar”*<sup>62</sup>. Si el ordenamiento jurídico se conformara con “encerrar” al maltratador en prisión durante unos años, sin actuar –o sin ni siquiera intentar actuar- sobre él, configurando la pena retributivamente como mero castigo por el delito cometido, lo único que se conseguiría es retrasar un inevitable desenlace más violento que el propio acto que haya dado lugar a la intervención penal, contribuyendo –por omisión- institucionalmente a una nueva agresión, pero jamás lograría proteger a las víctimas. Este objetivo sólo se alcanza reeducando y reinsertando a los maltratadores: cueste lo que cueste<sup>63</sup>.

La eficacia de estos programas allí donde se han puesto en marcha ha quedado constatada. En este sentido, se comprueba que los sometidos a ellos, *“tenían más probabilidades de abandonar el uso de la violencia durante el periodo de seguimiento de un año y también mostraban mayor probabilidad de reducir sus actos controladores e intimidantes”*. Además, por las declaraciones de sus parejas se ha constatado que *“la gama de tales actos se había reducido y que ocurría con menor frecuencia”*<sup>64</sup> y, como afirma ECHEBURÚA *“se ha conseguido, al menos en un tercio de los casos, reducir las conductas de maltrato y evitar la reincidencia, así como lograr un mayor bienestar para la víctima y para el agresor”*<sup>65</sup>.

Si se centra ahora el análisis de estos programas en la persona de la víctima, ésta desempeña en muchos casos un papel esencial, no ya sólo desde la perspectiva de la recuperación del agresor, sino desde las necesidades que ella misma tiene de rehacer su vida. Por ello, se deberían articular de tal manera que no impidieran su eventual participación en los mismos según una específica planificación. Su ausencia en el tratamiento del agresor le priva a ella de un protagonismo activo que se le debería haber dado –o por lo menos, del que no se le debería haber impedido que en su caso, pudiera llegar a desempeñar-<sup>66</sup>, pues para ella es completamente improductivo no hacer nada. Resulta paradójico que se le haya concedido a la víctima un papel importante durante la ejecución de la pena privativa de libertad, informando de unas materias de las que carece completamente de conocimientos (la vida del penado en prisión en el ámbito del periodo de seguridad, el acceso al tercer grado o la libertad condicional) y que se obvie su innegable papel en el ámbito de la recuperación del maltratador, al que conoce mucho mejor que cualquier terapeuta. Ello provoca que en España se recurra a la víctima prestada, no propia, del, en su caso, sometido a tratamiento.

Por otro lado, por lo que se refiere a la consideración del maltratador como enfermo en caso se someterlo a tratamiento, parte de una premisa equivocada; como afirma ECHEBURÚA *“tratar a un agresor no significa considerarle no responsable de lo que ha hecho. Un tratamiento psicológico puede ser de utilidad para hacer frente a las limitaciones de estos hombres que, aun siendo responsables de sus actos, no cuentan, sin embargo, con las habilidades necesarias para resolver los problemas de pareja en la vida cotidiana. De lo que se trata es de controlar la conducta actual para que no se repita en el futuro. De este modo, se protege a la víctima y se mejora la autoestima del agresor”*<sup>67</sup>. En efecto, debería ser regla general el hecho de que todas las personas condenadas a penas privativas de libertad, y por tanto declaradas imputables en sentencia, estuvieran sometidas a tratamiento en la prisión, pues con ello no se está afirmando nada en relación a la imputabilidad del autor en el momento en que cometió el delito, sino que lo que se

persigue es que no vuelva a cometer otros en el futuro.

Con todo, la eficacia de estos programas va a depender de su correcto diseño. Desde un punto de vista material, su contenido, la dosificación y ejecución debe estar en manos de expertos en el comportamiento humano, quienes atendiendo a las necesidades del caso concreto y a la modalidad de maltrato detectado, diseñen el plan de ejecución de forma individualizada<sup>68</sup>. De nada sirve el sometimiento a programas estándar, que unifican en un modelo al sometido, desconociendo la pluralidad de aristas que presentan cada uno de estos condenados.

La importancia que aquí se le ha dado al tratamiento del maltratador choca bruscamente con los datos que proporciona la realidad penitenciaria española, pues a través de los mismos se pone de manifiesto que se trata de una cuestión que se ignora por parte de la Secretaría de Estado de Instituciones penitenciarias<sup>69</sup>. En este sentido, según los datos contenidos en el Informe Técnico de *“Evaluación de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”*, desde la entrada en vigor de la LOPIVG *“se ha formado a 146 profesionales en el ‘Programa de Tratamiento en prisión de agresores en el ámbito familiar’<sup>70</sup> y se ha impartido a 466 entre los años 2004-2007”*; no puede olvidarse que durante los años 2005 a 2007 –según la misma fuente– fueron condenados en España a pena de prisión a 54.937 personas, lo que demuestra que hay todavía muchas cosas pendientes, mientras las mujeres siguen muriendo a manos de quienes son o quienes fueron sus maridos o compañeros sentimentales.

Hay que tener en consideración que el hecho de que el penado decida o no seguir sinceramente el tratamiento, su éxito o su fracaso tampoco es que vaya a estar asegurado. Así, hay muchas veces que el condenado prestará su consentimiento con la finalidad evitar entrar en prisión, o si está dentro, para acelerar su salida, pero no para someterse verdaderamente al programa. Ahora bien, ¿se debe rechazar en estos casos otorgar valor al tratamiento que haya recibido? La respuesta no puede ser más que negativa: un Derecho penal de hecho que parta del concepto mínimo de resocialización debe conformarse con que el penado no vuelva a cometer delito en el futuro, con independencia de que en su fuero interno piense lo que piense. Por tanto, si el tratamiento es la vía en el ámbito de la prisión o de sus alternativas en medio abierto para alcanzar la resocialización, tampoco se debería entrar a analizar las motivaciones que le llevan al penado a seguirlo<sup>71</sup>. A ello añade RUEDA MARTÍN que *“si los programas se encuentran adecuadamente estructurados y orientados se suele incrementar la conciencia y el grado de responsabilización de su conducta por parte de los agresores. Además el servicio o el centro en el que el penado inicie o continúe el tratamiento o programa deberá llevar a cabo una evaluación del progreso del condenado en ese programa, por lo que lo relevante no es el simple seguimiento del programa sino su progreso en el mismo”<sup>72</sup>.*

Lo anterior conduce a plantearse si se puede o no prescindir del consentimiento del penado. En este sentido, las opiniones doctrinales son opuestas. Así, por un lado, afirma ROIG TORRES que la sujeción del penado a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico con carácter imperativo *“no se compadece bien con el respeto a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocidos a toda persona según el art. 10 de la Constitución”<sup>73</sup>*. La imposición del tratamiento sin contar con el consentimiento del reo no debe ser considerado como una pena denigrante, en la medida en que más

afecta a la dignidad del penado la pena de prisión, porque priva de la libertad –bien jurídico más importante después de la vida del que privan las leyes penales- sin contar con su consentimiento. Eso sí: en la medida en que el Derecho penal actual debería moverse en torno a un concepto de resocialización mínimo, el ordenamiento jurídico debería conformarse con el sometimiento al mismo, con independencia de los logros alcanzados.

La cuestión podría plantearse en otros términos muy distintos: por qué sólo en el ámbito de la pena de prisión o del de las alternativas a la misma se prevé el sometimiento –voluntario u obligatorio- a tratamiento<sup>74</sup>. Es más, porque los condenados a pena de alejamiento, de trabajos en beneficio de la comunidad, de multa o de suspensión del permiso de conducir vehículos de motor o ciclomotores, no tienen la posibilidad de someterse a un tratamiento resocializador –ya sea como contenido de estas penas, o como pena autónoma de aplicación conjunta<sup>75</sup>-, cuando según el art. 9.2 los poderes públicos tienen la obligación de *“remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

## 8. CONCLUSIONES

La inclusión del genero de la victima y del agresor en el ámbito de la tipicidad, debería replantearse, dada la imagen que se reproduce de ambos géneros. Pues salta a relucir la especial vulnerabilidad de las mujeres por el hecho de serlo. Ponderar estos factores puede hacerse igualmente bien a través de otros derroteros, interpretando el tipo, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad desde una perspectiva de género.

Por ello es tan importante la formación de los operadores jurídicos: jueces, fiscales y abogados, pero también los cuerpos policiales, pues de lo contrario, las mujeres quedarán desprotegidas, a pesar de los mandatos de punición expresos. Y de ahí también que haya de resaltarse la creación en España de los Juzgados de Violencia sobre la mujer y en Brasil de los Juzgados de violencia doméstica y familiar contra la mujer, de forma que por parte del sistema judicial se pongan todos los medios necesarios para que ningún juez vuelva a “condenar” a una mujer maltratada a compartir su domicilio con su maltratador, firmando con ello su sentencia de muerte, ni se admitan recursos extemporáneos frente a decisiones judiciales que debían haber sido inmediatamente ejecutadas. Esto es, para que ni en España ni en Brasil vuelvan a reproducirse los casos de D<sup>a</sup> Ana Orantes ni D<sup>a</sup> Maria da Penha.

Si se amplía el horizonte de las legislaciones españolas y brasileñas a otras, se podrá concluir que el Derecho procesal está llamado a desempeñar un papel protagonista en la implementación de la tutela de la víctima, no sólo en fase de juicio oral, garantizándole sus derechos de asistencia jurídica gratuita especializada, sino poniendo en marcha medidas cautelares eficaces, como las órdenes de protección, que garanticen su seguridad personal. Sólo entonces recuperarán las mujeres sus derechos de ciudadanía, empoderándose. Para que ello sea posible, sin embargo, de nada sirve la inclusión en el Código de figuras penales que castigan más, si castigan peor, si además simultáneamente no se ponen en marcha programas idóneos de tratamiento penitenciario, por muy costosos que sean durante el tiempo en el que permanezca en prisión.<sup>76</sup>



<sup>1</sup>De ahí la incidencia que han tenido en Europa y en América latina, respectivamente, la *IV Conferencia de Naciones Unidas sobre las Mujeres* celebrada en Pekín en 1995, y la Convención Interamericana de Belém do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer de 9 de julio de 1994. Al respecto, véase VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *La violencia de género: aproximación fenomenológica, conceptual y a los modelos de abordaje normativo*, en la misma (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 20 y ss.

<sup>2</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 19.11.2009: condena al Estado de México por lo perseguir los feminicidios de Ciudad Juárez.

<sup>3</sup> *Diario El Mundo*, 18 de diciembre de 1997.

<sup>4</sup>BERENICE DIAS, Maria, *A Lei Maria da Penha na justiça*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007; SANCHES CUNHA, Rogerio, y BATISTA PINTO, Ronaldo, *Violencia doméstica*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

<sup>5</sup> También se ha modificado el delito de quebrantamiento de condena del art. 468.2, si bien en este caso, no se hace expresa mención a las víctimas de la violencia de género, sino a las víctimas de la violencia doméstica.

<sup>6</sup>Al margen de la reforma del art. 129.11 (trata-se do § 9º).

<sup>7</sup> En extenso, véase ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, ed. Reus, Madrid, 2006, pp. 21 y ss.

<sup>8</sup> A ellos podría añadirse también los delitos sobre las relaciones familiares: véase ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 33 y ss.

<sup>9</sup>El Código penal brasileño, en los artículos 213 y 215, hasta la aprobación de la Ley 12.015, de 7 de agosto de 2009, seguía exigiendo el sexo femenino en la víctima de la violación, considerando que se trataba de un delito contra las “*buenas costumbres*”. Tras ella, los preceptos mencionados han eliminado el sexo del sujeto pasivo como elemento del tipo y ha cambiado la rúbrica del título VI, que pasa a ser el de “*los delitos contra la dignidad sexual*”.

<sup>10</sup>CRUZ BLANCA, María José, “Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal”, en MORILLAS CUEVAS, Lorenzo (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, ed. DIJUSA, Madrid, 2002, cit., p. 33.

<sup>11</sup>“*Delitos contra las costumbres*”, según rezaba la rúbrica del Título VI del Código penal brasileño antes de la reforma operada por la Ley número 12.015, de 7 de agosto, de 2009.

<sup>12</sup> Ejemplo claro de lo que aquí se dice es lo dispuesto en el Código de 1822 en torno al delito de rapto: es criterio que agrava la pena el que se “*robe a mujer casada a su marido*”; mientras que si se trataba de mujer “*pública*”, se atenuaba. (artículos 669 y 670, 688). Así como la obligación que imponían los Códigos de 1848 y 1850 de que en los delitos contra la libertad sexual, el autor era condenado al margen de la pena, a hacerse cargo de la prole y a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda. Si estaba casada, no existía esta obligación, porque existía otro hombre que se hacía cargo de ella, otro dato que viene a poner de manifiesto que la mujer no era protegida en estos delitos.

<sup>13</sup>Hasta 2009, el art. 215 párrafo único del Código penal brasileño agravaba la pena si la víctima era mujer virgen de entre 14 y 18 años.

<sup>14</sup>Véase QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, ed. EDESA, 2ª edición, Madrid, 1972, pp. 427 y ss.

<sup>15</sup> Véase MUÑOZ GARCÍA, María José, *El proceso histórico de la codificación penal española*, ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1994, p. 84.

<sup>16</sup>Un estudio histórico sobre el delito de adulterio, véase en RODRÍGUEZ GALLARDO, Francisco, “El ‘*ius puniendi*’ en delitos de adulterio (análisis histórico-jurídico)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1995/5, pp. 881 y ss. *Vid.* también: COBO DEL ROSAL, Manuel, “Sobre la naturaleza pluripersonal del delito de adulterio (artículo 449 del Código Penal)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1967/XX, pp. 147 y ss; del mismo, “El bien jurídico en el delito de adulterio”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1963/XVI, pp. 510 y ss.

<sup>17</sup>MUÑOZ GARCÍA, María José, *El proceso histórico de la codificación penal española*, cit., p. 105.

<sup>18</sup> En términos idénticos consagra la agravación el art. 10.20 del Código de 1850, art. 10.20 del Código de 1870, 66.10 del Código de 1928, 10.15 del de 1932 y art. 10.16 del Código de 1944.

<sup>19</sup> El paralelismo con los nuevos tipos penales y con los requisitos exigidos a través de la LOPIVG es enorme.

<sup>20</sup>Así, en opinión de ZAPATER FERRER (*La circunstancia de desprecio de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, ed. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, Valencia, p. 58) “*en todos estos casos se observa que los delitos objeto de las*

---

*sentencias expresadas en los que no se ha aplicado la agravante, son delitos a consecuencia o con ocasión de las relaciones ilícitas mantenidas por la mujer ofendida”.*

<sup>21</sup> Por todos, véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, TERRADILLOS BASOCO, Juan, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ACALE SÁNCHEZ, María, NIETO MARTÍN, Adán, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, y PÉREZ CEPEDA, Ana, *Curso de Derecho penal. Parte General*, ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, pp. 207 y ss.

<sup>22</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 47 y ss

<sup>23</sup> Como se decía, también ha modificado el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 pero sorprendentemente, no para incorporar un régimen penológico especial para la violencia de género, sino que lo ha hecho con relación a la “*violencia doméstica*”.

<sup>24</sup> Ciertamente, para evitar problemas relativos a la inconstitucionalidad de esta regulación, la propia LO 1/2004 introdujo en el Código penal, junto a los supuestos en los que la víctima es la mujer que está o estuvo unida sentimentalmente a su agresor de sexo masculino con o sin convivencia, un segundo grupo en el que entran las “*personas especialmente vulnerables que convivan con el autor*”, de forma que si dichas conductas se llevan a cabo por la mujer sobre un hombre, podría imponérsele la pena misma pena que en el primer caso. Sin embargo, las dudas sobre la posible violación del principio de igualdad, con la inclusión de esta segunda cláusula no quedan más que agrandadas, en la medida en que, si se observa, cuando se trata de la mujer víctima a manos del hombre que es o ha sido su marido o su compañero sentimental, basta con que concurren dichos requisitos de carácter objetivo –pues no se incluye requisito subjetivo alguno– cuando se trata del hombre víctima a manos de su mujer es preciso que concurren más requisitos: en primer lugar que además de ser víctima de esos actos, se demuestre que es una persona especialmente vulnerable y en segundo lugar, es preciso que conviva con la autora, de forma que en los supuestos en los que no exista ya dicha convivencia –que es precisamente cuando se producen con mayor frecuencia estos actos, una vez que los miembros de la pareja hayan roto la convivencia– no será de aplicación el supuesto previsto, sino que se procederá a castigar con pena inferior.

<sup>25</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en PUENTE ABA, Luz María (dir.), RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, y SOUTO GARCÍA, Eva (coords.), *La respuesta penal a la violencia de género*, ed. Comares, Granada, 2010, pp. 61 y ss.

<sup>26</sup> Aunque nada impediría en este caso recurrir dentro del catálogo de circunstancias agravantes genéricas a la de discriminación (art. 22.4<sup>a</sup>) o a la mixta de parentesco (art. 23) que en este caso actuaría como agravante.

<sup>27</sup> Entiende que se viola el principio de culpabilidad, o en su terminología, el principio de “responsabilidad penal personal” GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo” a la 10<sup>a</sup> edición del Código penal de la editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 22.

<sup>28</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., p. 169.

<sup>29</sup> Por todos, *vid.* TERRADILLOS BASOCO, Juan María, *Peligrosidad social y Estado de derecho*, ed. Akal, Madrid, 1981, p. 28 y ss.

<sup>30</sup> Ampliamente ACALE SÁNCHEZ, María, “Los delitos de violencia de género a la vista de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, cit., pp. 70 y ss.

<sup>31</sup> Dadas las características de este trabajo y su extensión, se va a omitir a continuación en el examen que se llevará a cabo de la antijuricidad las cuestiones relativas a la justificación del comportamiento del autor, aunque sin duda alguna, es una materia que necesariamente requiere ser visualizada desde una perspectiva de género. En particular, la legítima defensa, ya sea la alegada por el maltratador, como por la mujer victimizada que en una concreta ocasión decida acabar con la vida de su marido, a fin de poner fin a la violencia que padece. En extenso: ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, 2000, pp. 185 y ss.

<sup>32</sup> Por todos, véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, TERRADILLOS BASOCO, Juan, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ACALE SÁNCHEZ, María, NIETO MARTÍN, Adán, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, y PÉREZ CEPEDA, Ana, *Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 201 y ss.

<sup>439</sup> MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*, ed. Cedam, Padova, 1989, p. 187.

<sup>34</sup>ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer en razón de género en el Código penal*, cit., pp. 151 y ss.

<sup>35</sup>LAURENZO COPELLO, Patricia, "La violencia de género en la Ley integral. Valoración político criminal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 07-08/2005) <http://criminet.ugr.es/recpc.1>, pp. 4 y ss; FARALDO CABANA, Patricia, "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*, 17/2006, pp. 90.

<sup>36</sup> Como ha afirmado LARRAURI PIJOAN ("Igualdad y violencia de género", en *Indret*, 2009/1, <http://www.indret.com/pdf/597.pdf>, p. 13). No obstante, de ser mero factor, el Tribunal Constitucional debería haber admitido la prueba de la situación concreta, cosa que no ha hecho.

<sup>37</sup> En el mismo sentido que la Sentencia comentada se manifestó antes FARALDO CABANA ("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", cit., p. 90), al afirmar que se protege "la mayor necesidad de protección de la víctima debida no a una supuesta debilidad física o vulnerabilidad innata, sino al efectivo y real desvalimiento construido socialmente a través de la educación, de la religión, de la política... en fin, a través de la imposición de roles familiares tradicionales", a lo que añade que no se trata de proteger -más- a la mujer por "el mero dato biológico de su sexo, sino por la peculiar situación de inferioridad socialmente construida en que se encuentra cuando el hombre con el que está o ha estado vinculada sentimentalmente ejerce violencia sobre ella aprovechando la superioridad que la relación en su caso le proporciona".

<sup>38</sup>MAQUEDA ABREU, María Luisa, "La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC 08-02/2006, <http://criminet.ugr.es/recpc>), p. 10.

<sup>39</sup> Riesgo que ya fue puesto de relieve por LARRAURI en 1994 ("Control formal: y el derecho penal de las mujeres", cit., p. 100). En este sentido, el *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer* del Consejo General del Poder Judicial.

<sup>40</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "El discurso feminista y el poder punitivo", en BIRGÍN, Haydeé (compilador), *Las trampas del poder punitivo: el género en Derecho penal*, ed. Bilbos, Buenos Aires, 2000, p. 37.

<sup>41</sup>Como afirma LACASTA-ZABALZA ("Género y ambivalencia del derecho y de su sistema penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1997/62, p. 397) "la liberación de la mujer no vendrá de la mano de las normas penales ni mucho menos de su preocupante endurecimiento. Vendrá de una humanización del sistema penal y penitenciario, de más trabajo para quienes no lo tienen y de una mejora social y cultural general. Mientras tanto, convendría no esperar demasiado de las normas represivas ni del encarcelamiento. Mientras tanto... convendría no abandonar el horizonte de un derecho penal mínimo, garantista, efectivamente sujeto a los principios que lo legitiman y personalizado".

<sup>42</sup>En extenso: ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer en razón de género en el Código penal*, cit., pp. 163 y ss.

<sup>43</sup> Por todos, véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, TERRADILLOS BASOCO, Juan, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ACALE SÁNCHEZ, María, NIETO MARTÍN, Adán, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, y PÉREZ CEPEDA, Ana, *Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 319 y ss.

<sup>44</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 370 y ss.

<sup>45</sup> La única posibilidad en que cabría plantearse la existencia de un error de prohibición, sería el caso de personas procedentes de países que toleran prácticas discriminatorias que, recién llegados a otros lugares del planeta en los que dichas prácticas están prohibidas, repitieran los actos violentos que en sus lugares de procedencia no son constitutivos de delito. Sobre el error de prohibición véase por todos: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, TERRADILLOS BASOCO, Juan, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ACALE SÁNCHEZ, María, NIETO MARTÍN, Adán, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, y PÉREZ CEPEDA, Ana, *Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 349 y ss.

<sup>46</sup> Por todos, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, GARCÍA RIVAS, Nicolás, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, TERRADILLOS BASOCO,

Juan, DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, ACALE SÁNCHEZ, María, NIETO MARTÍN, Adán, DEMETRIO CRESPO, Eduardo, y PÉREZ CEPEDA, Ana, *Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 359 y ss.

<sup>47</sup> Lo que no impediría que esta clase de maltrato cuya finalidad no es otra que someter a control a la mujer, pueda llegar a ser considerada una clase de violencia psicológica, a la que expresamente se refiere el art. 1 de la Ley española. Véase MONTALBAN HUERTAS, Inmaculada, “La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en VVAA, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995/II, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 289.

<sup>48</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, cit., pp. 31 y ss.

<sup>49</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 304 y ss.

<sup>50</sup> O “triángulo virtual”: BERISTAIN IPIÑA, Antonio, “El Código Penal de 1995 desde la victimología (I)”, en *La Ley*, 4 de julio de 1997, p. 4.

<sup>51</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., p. 330

<sup>52</sup> LARRAURI (“¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2003/12, p. 300) se plantea si es más favorable a los intereses de la víctima el que se exija su denuncia o no en relación con las mujeres maltratadas que no se atreven a denunciar o que no quieren denunciar porque quieren rehacer sus vidas al lado de las de sus maltratadores; así entiende que el estado ha de respetar la voluntad de las víctimas: “el deseo de privar la relación por encima de todo puede ser fruto de una ‘falsa conciencia’ de la mujer o producto de un auténtico desdén de la mujer que valora la relación más que la separación, pero mientras la mujer descubre que es, el derecho debiera protegerla (en su integridad física), ayudarla (presentándole distintas opciones) y respetarla (no descalificándola), sea cual sea la decisión que adopte”.

<sup>53</sup> Dentro de la doctrina, véase el comentario que realiza VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada, “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del Código penal y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del Código penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2006/26, pp. 321 y ss.

<sup>54</sup> En extenso; ACALE SÁNCHEZ, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, cit., pp. 330 y ss.

<sup>55</sup> Véase: ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, ed. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 335 y ss.

<sup>56</sup> *El País*, 10 de junio de 2000. Puede verse la Propuesta para el tratamiento en la comunidad de los agresores intrafamiliares, desarrollada a petición del Consejo General del Poder Judicial para la discusión de la misma en la Comisión Interinstitucional creada al efecto, de 21 de mayo de 1999, a cargo de Santiago Redondo Illescas y Vicente Garrido Genovés ([http://www.observatorioviolencia.org/upload\\_images/File/MALTRATADORESFAMILIARES.pdf](http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/MALTRATADORESFAMILIARES.pdf)).

<sup>57</sup> *El País*, 10 de junio de 2000. Según los datos hechos públicos por el *Diario El Correo digital*, en el País Vasco, durante 2007 un total de 335 condenados por violencia de género se sometieron a tratamiento, sin que se haga referencia al índice de éxito o de fracaso. Quizás ello se deba a que los programas tienen una duración en torno a los 3 años ([www://elcorreodigital.com/Vizcaya/20080805/pvasco-espana-23](http://www://elcorreodigital.com/Vizcaya/20080805/pvasco-espana-23) de septiembre de 2008-).

<sup>58</sup> En este sentido, LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pena lo normal*, ed. Ares y Mares, Barcelona, 2001, p. 154.

Véase el análisis detenido que realiza LARRAURI (“¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?”, en VVAA, *Dogmática y Ley penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 359 y ss) de las críticas formuladas a los programas de tratamiento para maltratadores para ese sector del feminismo.

<sup>59</sup> LORENTE ACOSTA, Miguel, *Mi marido me pena lo normal*, cit., p. 154.

<sup>60</sup> CID MOLINÉ, José, “¿Es la prisión criminógena?”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2007/19, pp. 427 y ss.

<sup>61</sup> Véase RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?*, ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 97.

<sup>62</sup> BARBERO SANTOS, Marino, “La pena de muerte, problema actual”, en el mismo, *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, p. 170.

<sup>63</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., p. 357.

<sup>64</sup>Véase DOBASH, Russell, y DOBASH, Rebecca, “Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores”, en CID MOLINÉ, José, y LARRAURI PIJOÁN, Elena (coords.), *La delincuencia violenta ¿prevenir, castigar o rehabilitar?*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 147 y ss; ECHEBURÚA OBRIOZOLA, Enrique, “Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja”, en VVAA, *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2005/II, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 159 y ss; ECHEBURÚA, Enrique, y DE CORRAL, Paz, *Manual de violencia familiar*, Siglo Veintiuno de España editores, Madrid, 1998, pp. 52 y ss; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, Enrique, FERNÁNDEZ MONTALVO, Javier, y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar”, en *Psicopatología clínica legal y forense*, 2001/volumen 1, núm. 2, pp. 17 y ss; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, y CARDENAL MURILLO, Alfonso, “Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica”, en CARBONELL MATEU, Juan Carlos, y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 267 y ss; LARRAURI, Elena, “¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?”, cit., pp. 369 a 375.

<sup>65</sup> Véase la entrevista que le hace Agustina Angullo, publicada en [www.icev.cat](http://www.icev.cat), núm. 1, Gener-Marz 2007; también: ECHEBURÚA, Enrique, FERNÁNDEZ-MONTALVO, Javier y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar”, cit., pp. 22 y 23; y ECHEBURÚA, Enrique, y DE CORRAL, Paz, *Manual de violencia familiar*, cit., p. 55 y ss.

<sup>66</sup> En similares términos: FARALDO CABANA, Patricia, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 202.

<sup>67</sup> ECHEBURÚA, Enrique, FERNÁNDEZ-MONTALVO, Javier, y DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar”, cit., pp. 22 y 23.

<sup>68</sup> Véase al respecto McGUIERE, James, “El renacimiento de la rehabilitación en programas de medio abierto”, en CID MOLINÉ, José, y LARRAURI PIOJÁN, Elena (coord.), *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, cit., pp. 111 y ss; HIRIGOYEN, Marie-France, *Mujeres maltratadas. Los mecanismos de la violencia en la pareja*, ed. Paidós Contextos, Barcelona, 2006, pp. 143-147. Como se señaló anteriormente, el primer programa judicial puesto en marcha para someter a los condenados por delitos relacionados con la violencia de género fue el firmado en el seno de la Audiencia Provincial de Alicante el 1 de marzo de 2004, recién aprobada la LO 15/2003, y antes de que se aprobara la LOPIVG, bajo el nombre “*Protocolo para la aplicación de programas formativos de carácter reeducativo para maltratadores en aplicación de las medidas de suspensión de la ejecución de la pena*”, firmado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, la Consellería de justicia de la Generalitat Valenciana, la Diputación provincial de Alicante y la Audiencia provincial de Alicante. Puede encontrarse en: <http://www.sepin.es/links/protocolo.pdf>.

<sup>69</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., pp. 229 y ss.

<sup>70</sup> Nótese cómo no se señala si se trata de violencia de género o se incluyen también otros condenados por violencia doméstica.

<sup>71</sup> Ha de tenerse no obstante en consideración la natural resistencia de los maltratadores a someterse a este tipo de programas de recuperación en la medida en que antes han de reconocer que necesitan del mismo, culpabilizando a terceros –fundamentalmente a la esposa- de la situación que viven. Véase: HIRIGOYEN, Marie-France, *Mujeres maltratadas. Los mecanismos de la violencia en la pareja*, cit., p. 143.

<sup>72</sup> RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género*, cit., p. 77.

<sup>73</sup> ROIG TORRES, Margarita, “La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2006/15, p. 130. Véase FARALDO CABANA, Patricia, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, cit., pp. 198 y ss.

<sup>74</sup> ACALE SÁNCHEZ, María, *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, cit., p. 358.

<sup>75</sup> Véase la propuesta que ha formulado el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución*, ed. Grupo de Estudios de Política Criminal, Málaga, 2005, p. 43. En sentido idéntico RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género*, cit., p. 77.