

LAS RECIENTES MEDIDAS DE PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO DE LA PAREJA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Adela ASUA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los antecedentes inmediatos de la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género en España*. III. *La ley española de “Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”*. IV. *La tensión entre la óptica punitiva y las demandas de tutela integral de la víctima*. V. *Reflexiones finales: la combinación flexible del modelo punitivo y del modelo de protección de la víctima*.

I. INTRODUCCIÓN

La lentitud de las transformaciones históricas en la conquista de los derechos cobra en determinados momentos lo que parece una aceleración, que no es sino fruto nada repentino de una larga siembra de esfuerzos acumulados durante décadas, o durante siglos. En materia del reconocimiento de la injusticia de la secular concepción de la mujer como ser de segundo rango, sometida o tutelada por el varón y excluida del acceso a condiciones que garanticen su realización como persona en igualdad de oportunidades, el trayecto ha estado plagado de múltiples resistencias, bien conocidas. Los hitos fundamentales de los avances quedan marcados en declaraciones de organismos internacionales y correlativas modificaciones de la legislaciones estatales, en un paulatino avance en la deconstrucción de los patrones de género, sobre los que la tradición jurídica consagraba y consolidaba el “orden” de la desigualdad. A partir de la las convenciones y recomendaciones sobre la eliminación

* Catedrática de derecho penal, Universidad del País Vasco.

de las formas de discriminación contra la mujer, y la promoción de planes de igualdad a nivel estatal y regional, las reformas se aceleran. Hemos llegado al siglo XXI con un rico acervo de declaraciones formales y de reformas legales; la agenda internacional ha colocado el tema de la igualdad de mujeres y hombres entre sus objetivos más apremiantes, como condición de justicia, paz y desarrollo. Sin duda es una de las conquistas del siglo XX, que todavía requieren la remoción de numerosos obstáculos. Pero sólo recientemente, en las últimas décadas, cuando el conjunto de reformas legislativas ha ido tomando cuerpo, ha emergido la visibilidad de la violencia en el ámbito de la privacidad, desde una nueva percepción de su significado en relación a la inequidad por razón de sexo. No en vano el ámbito doméstico de la familia ha constituido el marco de las funciones “naturales” de la mujer a partir del que se recrearon las distribuciones de papeles culturales y todo el imaginario de la subordinación “natural”.

En España el comienzo de la preocupación por la violencia de género a niveles de las instituciones públicas data de poco más de una década. El inicio de los estudios sobre la “cifra oculta” del maltrato¹ y el seguimiento mediático de los asesinatos de mujeres a manos de sus parejas o ex parejas —con una frecuencia de uno o dos asesinatos por semana— contribuyeron de forma decisiva, ya entrados los años noventa, a centrar la atención pública en las demandas de intervención más decidida en esta materia, como desde tiempo atrás reclamaban los movimientos feministas. Por primera vez se tipifica como delito específico el “maltrato habitual” en la familia en 1989, pero el reflejo en la estadística judicial comienza a percibirse sobre todo a partir de 1999, una vez que la tipificación del delito de “maltrato habitual” se reformula para acoger el “maltrato psicológico” o “violencia psíquica”. No obstante, ha sido a partir de la ley que estableció la Orden de Protección en 2003 (Ley 27/2003 de 31 de julio), como mecanismo de intervención urgente ante la denuncia de agresión grave o leve (delito o “falta”), cuando se registra un incremento casi espectacular de denuncias. Estamos, por tanto, hablando de un panorama recién inaugurado en cuanto a la llegada a la administración de justicia de un fenómeno que permanecía agazapado a la es-

¹ Cfr. Una valoración sobre las primeras encuestas e investigaciones en los años noventa en España, Medina, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Valencia, 2002, pp. 111 y ss.

pera de condiciones propicias para salir de la penumbra y comenzar a inundar las estadísticas de la actividad judicial.

A nivel europeo, el desarrollo creciente de medidas contra la violencia sobre las mujeres tiene lugar también en la década de los años noventa, sobre todo a partir del hito histórico que significó la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín en 1995. La toma de conciencia del significado de la violencia de género en países considerados “avanzados” (según patrones culturales occidentales), no ha sido precoz. En esta materia, todos los países compartimos el calendario pendiente del reconocimiento del carácter estructural de las prácticas de maltrato contra las mujeres. Pese a las diferencias económicas y sociopolíticas por regiones del planeta, las reivindicaciones e iniciativas tienen una base sustancialmente similar.

Paradójicamente, en países de democracias consolidadas y de mayor desarrollo económico, se desvelan los mismo patrones de resistencia en la aceptación de que la violencia contra las mujeres tiene un trasfondo profundo. En el año 2000, según la encuesta encargada por el Parlamento Europeo para conocer la opinión de los ciudadanos sobre las causas de la violencia doméstica, los encuestados coincidían en un 90% en señalar el alcoholismo y las drogas como factor de mayor incidencia, o al paro y la pobreza en un 70%; y asimismo el 46% (incluidas la mujeres encuestadas en un 45%) considera que son las propias mujeres las causantes o provocadoras de las reacciones agresivas contra ellas.² Si bien la condena de la violencia en sus exteriorizaciones más traumáticas concita amplios acuerdos, el diagnóstico sobre su significado como forma de mantenimiento del control sobre las mujeres en la perpetuación de sus roles subordinados todavía tiende a ser minimizado, o directamente anatemizado como mero discurso ideológico.

Los programas pilotos de atención a mujeres víctimas de violencia comienzan a extenderse en distintos países europeos en la década de los noventa, incrementándose progresivamente el número de planes, observatorios nacionales sobre violencia doméstica, o de carácter territorial o local. En 1997 se crea el Observatorio Europeo de Violencia contra las Mujeres que sirve de enlace entre los países y propone principios guía de buenas prácticas en conforme a las experiencias que se van desarro-

² Información recogida en el diario *El País*, 5 de febrero de 2000.

llando.³ Un camino decidido hacia el cambio de actitudes y de políticas, pero por ahora sólo puede constatar la proliferación de programas y la acumulación de cifras y estadísticas todavía confusas en cuanto a la posibilidad de llegar a conclusiones sobre la incidencia en disminución de las conductas agresivas.

II. LOS ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

El abordaje del maltrato a la mujer se produce en España de forma progresiva a través de dos líneas de intervención. Una primera de carácter represivo-punitivo, que se inicia con la reforma del Código Penal de 1989, a la que siguen sucesivas reformas para ajustar la descripción típica a las características del fenómeno, con un progresivo endurecimiento de la respuesta penal para las manifestaciones de maltrato de menor entidad. Una segunda línea se dirige a atender las necesidades de la víctima en cuanto a su seguridad frente a la continuidad de la violencia, estableciéndose medidas de intervención judicial cautelar, y progresivamente ampliándose los instrumentos de asistencia con un elenco de servicios, asesoramiento psicológico, apoyo social y económico, defensa jurídica, y otras medias de apoyo.

La conjunción de estas dos líneas de enfoque del problema conforma un modelo de intervención que podríamos denominar mixto, punitivo-victimológico, que combina las lógicas de la prevención penal y la lógica de atención a la víctima en sus necesidades de seguridad, de recuperación personal y de garantía de condiciones de autonomía. En esta materia, la sola lógica punitiva, de enjuiciamiento y condena “posfacto”, como corresponde al derecho penal, resulta claramente insuficiente para incidir en la reducción de la violencia. Aunque la diversidad de situaciones y manifestaciones no permite generalizaciones rígidas, las prácticas de maltrato en este ámbito tienden a cronificarse, y el peligro de continuación de las agresiones se incrementa en un alto porcentaje a partir de la denuncia, o a partir de la decisión de la mujer de poner fin a la con-

³ Véase la publicación del Lobby Europeo de Mujeres, *Hacia un marco común europeo para medir los progresos en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres*, marzo, 2002, accesible en: www.observatorioviolencia.org/upload/Doc47_guía_progresos_violencia.pdf.

vivencia. La anticipación de una respuesta inmediata que ofrezca seguridad a la víctimas, y si fuera procedente el alejamiento del agresor, resultan medidas imprescindibles, para obstaculizar la reiteración de la victimización, así como para facilitar la denuncia de los hechos. Esta dimensión preventiva especial, en cuanto a la neutralización del peligro que pueda presentar el agresor, pertenece al campo de las medidas procesales cautelares que el derecho contempla, pero que deben adecuarse a las peculiaridades de este fenómeno y las circunstancias de cada caso. Pero a la vez, la situación de la víctima no puede desatenderse, lo cual significa ajustar y acompañar instrumentos de apoyo social y asistencial que discurren conforme a una lógica ajena a los discursos punitivos. La conjunción de perspectivas es fundamental, pero no siempre resulta acertado que vayan concatenadas de forma inescindible cuando lo que la víctima busca es únicamente el cese de la violencia pero no la activación de un proceso penal. El modelo español, que condiciona las medidas de tutela a la víctima a la presentación por ésta de la denuncia ante la justicia penal, es discutible. Su rigidez presenta inconvenientes serios, que probablemente den lugar en los próximos años a una revisión del modelo.

La preeminencia de la óptica penal como forma de promover la visibilidad del fenómeno, en principio parece adecuada para asentar el discurso de la “tolerancia cero”. Sin embargo, la complejidad de las situaciones de maltrato, la diversidad de manifestaciones en cuanto a su intensidad, la diversidad de las circunstancias en función de que la víctima pretenda continuar la convivencia con su pareja o por el contrario que esta convivencia anterior haya cesado, nos sitúan ante un panorama que requiere abordajes matizados y diferenciados. La lógica punitiva no siempre casa bien con las expectativas y demandas de la mujer agredida, quien puede razonablemente preferir una solución discreta sin tener que pasar por el “estrépito del foro”, en su búsqueda de una intervención que le asegure recuperar el control de su vida, y el acceso a ayudas para rehacer su situación personal y familiar. La intervención de la justicia penal es imprescindible en muchos casos, pero en otros la víctima puede considerar que empeora sustancialmente su situación.⁴ La irreversibilidad del proceso penal una vez que se interpone la denuncia, conduce a situaciones paradójicas, como la que hace poco leíamos

⁴ Cfr. Medina, J. J., *op. cit.*, nota 1, pp. 392 y ss.

en la prensa de una mujer que se había reconciliado con su agresor, con quien pretendía casarse pese a encontrarse éste en prisión y sometido a la prohibición de comunicar con su víctima.⁵ Sustituir la voluntad de la persona afectada, por el imperativo de la ley penal, en aspectos sustanciales de su vida, no se compagina bien con la premisa de “empoderamiento” de la mujer, que no es una menor ni una incapacitada.

La decisión de denunciar constituye un derecho de la víctima, que le restituye en el dominio de la situación frente a la coerción de la libertad que supone el maltrato. Es sin duda una forma de devolver a la víctima su autonomía, pero a costa de que a su vez se someta a las pautas establecidas por la ley, que abocan a restringir su poder de decisión en sus relaciones con el agresor o las relaciones de éste con los hijos comunes o con familiares. Cuando coincide la lógica penal y las pretensiones del víctima, el sistema de protección penal-victimológico funciona adecuadamente. Cuando no coinciden, la víctima queda sometida a la lógica de la preeminencia de lo punitivo, en un sistema que dice protegerle, aun contra su voluntad.

Hemos superado la concepción que considera el maltrato familiar como un asunto “privado”, sobre el que no debía proyectarse la mirada pública. Aunque sólo recientemente se ha llegado a reconocer que se trata de un asunto de repercusión pública y política, porque expresa la limitación fáctica de la libertad de las mujeres, y por ello constituye un mal social que debe combatirse. Pero la energía en su combate no puede ignorar que nos encontramos en un campo especialmente sensible en cuanto al entrecruzamiento de afectos, intereses, condicionamientos psicológicos, familiares, sociales. El objetivo de promover a toda costa la denuncia penal, sirve a los intereses de prevención general como mensaje dirigido a la colectividad para disuadir de tales prácticas, pero sacrifica el respeto debido a la dignidad y autonomía de la víctima que debe poder mantener la posibilidad de elección. El asesoramiento y ayuda psicológica no debe estar ordenado a forzar a la víc-

⁵ *El País*, 17 de enero de 2005, recogía la noticia: la mujer que previamente había denunciado a su pareja, motivo por la que el agresor se encontraba en prisión, quería acceder a contraer matrimonio con él; la juez consideró que esa decisión era incompatible con la prohibición impuesta a aquél de aproximarse a la víctima, por lo que le prohibió incluso que pudiera visitarle en la cárcel.

tima a una decisión que no cree conveniente, ni pueden estar condicionados a que ésta decida en el sentido pretendido por la ley.

Nada impide que la detección del maltrato y la oferta de ayudas a las víctimas pueda llevarse a cabo también con medios distintos a los que ofrece el sistema penal. De hecho, es evidente quienes cuentan con recursos económicos para obtener asesoramiento y ayuda con el fin de formalizar un divorcio y rehacer la situación familiar y económica, no acuden a la justicia penal, o sólo lo hacen en casos graves.⁶

Bajo estas reflexiones, voy a aludir brevemente a los pasos que ha seguido la legislación española hasta llegar a la actual “Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” (2004), para señalar los titubeos y las rectificaciones que se van produciendo conforme la experiencia revela las insuficiencias de las sucesivas regulaciones.

1. *Medidas penales*

Las primeras medidas legislativas en España contra la violencia sobre la mujer en el ámbito familiar se plasman en el Código Penal al crearse en 1989 la figura delictiva del “maltrato habitual”,⁷ como “violencia doméstica” contra cualquier miembro de la familia. La conducta típica se ceñía a la reiteración de actos leves de violencia física, de manera que lo que hasta entonces se perseguían como meras infracciones leves (“faltas”) pasa a constituir, probada la repetición de actos, una infracción de mayor entidad (“delito”). Pese a que ya se documentaba en los estudios sobre el “maltrato a la mujer” la dinámica del maltrato psicológico y el especial peligro de agresión en determinadas situaciones de separación de la pareja, el tenor legal dejaba fuera del concepto de “maltrato habitual” ambos aspectos.⁸

⁶ *Ibidem*, pp. 390 y ss., con matizaciones.

⁷ La LO 3/ 1989 de 21 de junio de Actualización del Código Penal, introdujo un nuevo artículo 425 cuyo texto decía: “El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física contra su cónyuge o persona a la que estuviera unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor” (la pena de arresto mayor consistía en privación de libertad de uno a seis meses).

⁸ La preocupación específica por la *mujer* maltratada, pasa a diluirse en el conjunto de sujetos potenciales de violencia en el marco familiar. Sin embargo, la preocupación por la situación específica de la mujer víctima de maltrato doméstico había comenzado a detectarse en la Comisión de Derechos Humanos del Senado, que encargó en 1986 la primera Investigación de malos tratos a mujeres, que se publica en el *Boletín del Par-*

En los diez años que van hasta la siguiente reforma de 1999, el registro de denuncias de maltrato no experimenta cambios significativos. Podría aducirse que el escaso eco en la práctica judicial se debía a la dificultad de probar la “habitualidad”, lo cual es cierto, pero a ello se añade la inercia de los operadores jurídicos y la falta de formación especializada en la documentación de los síntomas del maltrato, que requiere algo más que la mera comprobación de huellas corporales de la violencia. También incide la falta de asesoramiento jurídico a la víctima, quien normalmente acude para denunciar el último hecho, silenciando otros datos del contexto o el historial de su situación. En consecuencia la mayoría de las denuncias continuaran tramitándose como “faltas” menores. Las características del enjuiciamiento de la “faltas”, por el escaso espacio previsto para la investigación de los hechos antes del juicio, abocaba en un altísimo número de absoluciones, o a lo más la sentencia condenatoria consistía en imponer una multa leve al agresor, quien podía continuar su convivencia con la víctima.⁹

El panorama cambió sustancialmente a partir de 1999, al ampliarse el ámbito típico del delito a la “violencia psíquica”, y a las ejercidas contra la “ex pareja” después de la ruptura de la convivencia. Asimismo se introdujo una importante reforma en la ley procesal para contemplar específicas medidas cautelares de protección de la víctima mediante ór-

lamento en mayo de 1989, dos meses antes de la reforma (*Cfr. Informe de la Comisión de relaciones con el defensor del pueblo y de los derechos humanos encargados del estudio de la mujer maltratada*, en el *BOCG*, Senado, III Legislatura, Serie I, núm. 313, 12 de mayo 1989). En este excelente estudio se documentaba con claridad la dinámica característica del maltrato en la pareja, subrayando el hostigamiento psicológico y las peculiaridades de la violencia tras la ruptura de la pareja; pero la receptividad de los legisladores fue ciertamente escasa. Para más referencias sobre el Informe, Medina, J. J., *op cit.*, nota 1, pp. 32 y ss. Sobre la reforma de 1989, Maqueda Abreu, Ma. L., “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en Quintero Olivares, y Morales, Prats (coords.), *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1515 y ss.

⁹ El estudio encargado por el Consejo del Poder Judicial, que llevo a cabo un análisis extenso de las resoluciones judiciales pronunciadas durante el año 1999, revela claramente estos datos: el 96.5% de las sentencias por violencia doméstica se refieren a juicios de faltas y, en el conjunto, el índice de absoluciones en los enjuiciamientos por “falta” es del 73%. Por el contrario, en ese escaso 5% de denuncias que se tramitan como “delito”, las absoluciones se restringen al 15% de los casos. *Cfr.* García Calvo, M. (coord.), *El tratamiento de la violencia doméstica en la administración de justicia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, p. 63 y ss.

denes de alejamiento del agresor.¹⁰ Pero de nuevo, las insuficiencias: estas importantes medidas cautelares se limitaban a las denuncias por “delito” de maltrato “habitual”, y quedaban fuera de su alcance las que se tramitaban como mera “falta” (infracción leve, no habitual), que seguían conformando el grueso de las calificaciones que recibían los casos denunciados.

En continuidad con la perspectiva punitiva, en 2003 se vuelve a reformar el delito de “maltrato habitual”, que pasa a situarse como “delito contra la integridad moral”, castigado con penas de hasta tres años de prisión. Se amplía el círculo de sujetos pasivos, reforzando la óptica de la tutela a la “familia” o de situaciones asimiladas (residencias de menores, de ancianos...), magma genérico en el que la violencia en la pareja queda equiparada a la ejercida contra menores o contra personas vulnerables. Por otro lado, la experiencia de la deficiente investigación de los hechos cuando se calificaban como meras “faltas”,¹¹

¹⁰ LO 14/1999 de 9 de junio, *De modificación del código penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. El nuevo código penal de 1995 había recogido en su artículo 153 el delito de maltrato habitual en términos idénticos a aquel artículo 425 del código anterior. La nueva redacción de este artículo 153 quedó, a partir de 1999, con el siguiente texto:

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

“Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Importante destacar que esta ley incorpora como penas específicas la prohibición de aproximación a la víctima o familiares, o de comunicar con ellos.

¹¹ Los datos sobre la tramitación de las denuncias durante los años 2000-2002 siguen mostrando el contraste entre el numeroso grupo de las que derivan en un “juicio de faltas” y las reconducidas a la calificación de “delito”, y a la misma tónica de elevado número absoluciones para las “faltas”. García Calvo, M., “Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en varios autores, *La Ley de Medidas de Protección contra la Violencia de Género*, Cuadernos Penales José María Lidón, Bilbao, núm. 2, 2005, pp. 20 y ss.

lleva al legislador a una decisión pragmática, pero poco respetuosa con la valoración de la gravedad, que es el juzgador el que debe determinarla, decide elevar a la categoría de “delito” toda agresión o acometimiento físico o psíquico de carácter leve y meramente ocasional, en el ámbito familiar o de convivencia análoga. Las “malas prácticas” de los operadores jurídicos, pretenden corregirse con una mala técnica, la de nivelar por ley conductas de distinta gravedad para evitar interpretaciones a la baja.¹² Un endurecimiento discutible que parece estar pensado para atajar trayectorias de violencia, pero que en su formulación acoge actos de muy distinta significación, entre cualquier miembro de la familia. Lo mismo acoge un cachete que propine la madre a un hijo adolescente, que la amenaza con arma del marido a la mujer. Además de la pena de prisión prevista —de tres meses a un año— que puede ser sustituida por trabajos al servicio de la comunidad, es obligado imponer la pena de alejamiento de la persona que arremete por un tiempo que supere en un año a la pena de prisión, lo que puede resultar un despropósito en el caso del “cachete”, así como en casos de agresión leve ocasional del marido a la mujer o de la mujer al marido. La deriva hacia el endurecimiento, descontextualizando el carácter de la agresión, acaba atrayendo la atención hacia lo anecdótico. La resistencia a situar la violencia en la pareja como manifestación de rasgos específicos, bien distintos a los de otras manifestaciones de tensión familiar, aboca a estas confusiones.¹³

2. Medidas de orientación preventiva y de asistencia a la víctima

A partir de 1999 se produce el incremento notable de denuncias ante los juzgados, pero continuaba la constatación de las dificultades de la víctima para afrontar la inseguridad personal y de la situación familiar tras su decisión de acudir a la justicia penal. Las finalidades de

¹² Procedimiento que conduce a consecuencias no deseadas, que llevan a los tribunales a tener que castigar como “delito” pequeñas incidencias familiares que nada tienen que ver con la violencia de género. *Cfr.* La crítica a esta política legislativa en Laurenzo Copello, P., “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra violencia precipitada”, en *Boletín de información y análisis jurídico*, Instituto Andaluz de la Mujer, núm. 14, diciembre, 2003, pp. 4 y ss.

¹³ Asua Batarrita, A., “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la Reforma de la LO 11/2003 de 23 de septiembre”, en varios autores, *Las Recientes Reformas Penales: Algunas Cuestiones, Cuadernos Penales José María Lidón*, Bilbao, núm. 1, 2004, pp. 201 y ss.

prevención general que se predicen de la pena apelan a un horizonte de futuro, lo que deja desatendida las necesidades inmediatas de la víctima. Habrá que esperar a la aprobación en 2003 de la *Ley Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica* (Ley 27/2003 de 31 de julio), para contar con nuevos instrumentos dirigidos a sentar un “estatuto integral de la víctima” que ofrezca de forma paralela a la denuncia, mecanismos orientados a la reducción del daño inmediato y sus consecuencias en el contexto vital de las personas afectadas. En la exposición de motivos de la ley, partiendo de que se trata de atender los problemas de la “violencia ejercida en el entorno familiar”, se reconoce que “en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una repuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos”.

Una vez presentada por una solicitud de la “Orden de Protección”, el juez debe dictaminar en el plazo de 72 horas la adopción de las medidas cautelares de orden penal y civil-familiar (uso de la vivienda, custodia de los hijos, régimen de comunicación o visitas, ...), y aquellas necesarias para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos o los restantes miembros de la familia, disponiendo la audiencia por separado de los afectados. Se facilita al máximo la presentación de la solicitud de la Orden de Protección, que puede hacerse ante el juzgado, el fiscal, la policía, o ante los servicios sociales, para inmediatamente ser trasladada al juzgado instructor de guardia. Concedida la Orden de Protección, la víctima obtiene el acceso rápido a los servicios sociales de asistencia de los distintos entes locales, autonómicos estatales, y se activa la supervisión policial del cumplimiento de las medidas de alejamiento del agresor. El juez debe decidir su concesión en función de dos requisitos: *a)* la existencia de indicios fundados de la comisión de un *delito* o de una *falta* contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de algunas de las personas del círculo familiar previstas en el delito de maltrato del Código Penal; y *b)* que se constate “una situación objetiva de riesgo para la víctima”.

La Orden de Protección ha venido a dar repuesta a las demandas reiteradas de asociaciones de mujeres juristas y de grupos de atención a la violencia familiar que insistían en la necesidad de dotar de seguridad a las mujeres para promover su decisión de romper la situación de violencia, como forma de hacer aflorar la realidad todavía oculta en un

alto grado.¹⁴ El efecto de la instauración de la Orden de Protección ha sido inmediato en cuanto al incremento de las denuncias. La memoria de la fiscalía general del Estado respecto a 2004 señala un incremento del 114.6% en las cifras de apertura de diligencias penales por violencia familiar respecto a las presentadas en el año anterior.¹⁵ Sin embargo debe también constatar que sólo aproximadamente un 50% de las mujeres que presentan denuncia solicitan a la vez la Orden de Protección,¹⁶ lo que indica que ellas mismas valoran las diferentes situaciones de necesidad de alejamiento del agresor.

Todavía es demasiado pronto para hacer un balance provisional de la eficacia de la nueva regulación en la disminución de las prácticas

¹⁴ El Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre la Violencia Doméstica de 21 de marzo de 2001 reconoce que según los datos de los expertos sólo entre un 5% y un 10% de las agresiones producidas en el ámbito familiar fueron objeto de procedimientos penales durante 1999. (Los informes del Consejo pueden consultarse en *www.poderjudicial.es*). En el informe presentado por España al Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Naciones Unidas, CEDAW/C/ESP/5, de 15 de abril de 2003, pp. 102 y ss) se recoge la evolución del número de denuncias desde los años 1998 al 2001: de las 19,535 registradas en 1998, el incremento es paulatino hasta llegar a 24,138 denuncias registradas en el año 2001. En este informe, se da cuenta de los resultados de la macroencuesta encargada en 1999 por el Instituto de la Mujer español para cuantificar los actos violentos contra las mujeres en el ámbito doméstico, arrojando los siguientes resultados: un 4.2% de las mujeres españolas encuestadas mayores de edad han declarado que han sido víctimas de maltrato en el último año; un 12.4% de las encuestadas son consideradas “técnicamente” como maltratadas, aunque ellas no se reconozcan como tales, atendiendo a los indicadores manejados por los expertos para detectar conductas de cierto grado de violencia; en más del 70% de los casos, las mujeres que son víctimas de actos violentos padecen tales actos desde hace más de cinco años.

¹⁵ Debe tenerse en cuenta que la cifra incluye todos los causas abiertas por “violencia intrafamiliar”, no sólo por violencia contra las mujeres, aunque ésta representa el 86.8% de los casos. Especialmente significativo es el incremento de causas seguidas por procedimientos abreviados (un incremento de 326%) y de juicios rápidos (un incremento del 564%), correspondiente a las manifestaciones menos intensas de violencia, pero más frecuentes. Por otra parte el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, dependiente del Consejo General del Poder Judicial, ofrece las cifras de las denuncias, que en 2004 ascienden a cerca de 100,000 (concretamente 99,111) constatándose un incremento del 29.17% respecto al año 2003. El contraste de los datos de los organismos oficiales crea cierta confusión, que resulta complejo explicar en este momento. Debe hacerse notar que ciertamente las denuncias han ascendido, pero lo más significativo es el incremento de apertura de causas judiciales, lo que indica un cambio de tendencia en los juzgados en la valoración de la seriedad de las denuncias.

¹⁶ En el primer trimestre del año 2004 se presentaron 39,429 mujeres presentaron denuncias por violencia doméstica, pero únicamente 17,000 solicitudes de Orden de Protección (Cfr. *www.poderjudicial.es*, Observatorio de Violencia Doméstica).

de maltrato. El único dato constatable por ahora es el aumento espectacular de denuncias, lo que significa que miles de mujeres han decidido no tolerar situaciones de agresión y hostigamiento, y que confían en las medidas de apoyo que ahora se les ofrece. Queda por confirmar si esa tendencia se mantiene, aunque no debe esperarse que aflore en su totalidad ni mucho menos, la cifra oculta estimada de prácticas de maltrato, una cifra que se estima en 700,000 mujeres víctimas de maltrato físico.¹⁷ En cuanto a la seguridad que ofrece la orden de alejamiento, la incidencia parece positiva, aunque el índice de quebrantamiento de la orden no es despreciable.¹⁸ Los casos más flagrantes de quebrantamiento, que son los que van unidos a nuevas agresiones a la víctima, son los menos, pero ciertamente los más dramáticos.

La enorme dificultad de un pronóstico certero sobre el grado de riesgo de nuevas agresiones, explica que la judicatura manifieste su incomodidad ante la urgencia exigida por la ley para decidir la concesión de la Orden de Protección, lo que les obliga a orientarse más por intuición que por la convicción fundada en elementos debidamente contrastados. El temor a equivocarse parece inclinar la balanza en contra del denunciado, lo que tampoco resulta satisfactorio desde la óptica de la justicia penal que requiere un ajuste escrupuloso a las garantías procesales. El hecho de que las medidas asistenciales a la víctima dependa de la concesión de la Orden de Protección, y que las medidas cautelares sobre adjudicación del uso de la vivienda, pago de la pensión, y custodia de los hijos deba tomarse en tan breve tiempo, constituye sin duda un estímulo para que la víctima denuncie los hechos, pero también para abocarle a una vía con efectos a medio plazo no deseados. La pregunta sigue siendo: ¿qué es lo que le conviene más a una mujer que quiere poner fin a las agresiones, pero que no quiere ver a su marido, pareja o ex pareja en prisión?, ¿debemos atender a las preferen-

¹⁷ Informe del Instituto de la Mujer respecto a los años 1990 y 2001, donde también se estima que el número de mujeres víctimas de maltrato psicológico asciende a 1.800,000. Referencias posteriores en Magro Servet, V., "Violencia de género: tres cuestiones de actualidad práctica", *La ley*, 3 de mayo de 2005, p. 2.

¹⁸ No hay datos precisos de la correlación entre el número de órdenes de alejamiento en fase de cumplimiento y los quebrantamientos; en números absolutos, en el primer semestre de 2005 se anotan 2,754 violaciones de órdenes de protección penal (alejamiento, o prohibición de comunicación) mientras que en el mismo periodo se decretan 15,330 órdenes de protección penal (www.poderjudicial.es, Consejo General del Poder Judicial, La violencia doméstica en la estadística judicial, primer semestre de 2005).

cias de la mujeres afectadas, o debe mantenerse la vía pena como único trayecto posible?

La entrada en funcionamiento de la Orden de Protección ha evidenciado la necesidad de incrementar los recursos sociales, los medios personales en los juzgados y en las oficinas de atención a las denunciantes, la agilización y coordinación con los órganos policiales encargados de supervisión de las medidas, etcétera. Se constata asimismo disfunciones derivadas de la vinculación de la Orden de Protección a la persecución penal de los hechos. El incremento de denuncias se acompaña asimismo de un porcentaje significativo, del orden del 10% de “retiradas” de la denuncia por parte de las mujeres que inicialmente acuden a los tribunales,¹⁹ una reacción que desvela contradicciones del modelo en cuanto a lo que las víctimas buscan al denunciar los hechos.²⁰

En este contexto, y antes de que cumpliera un año la puesta en marcha de la Orden de Protección, se presentó al Parlamento el Proyecto de Ley de Medidas Integrales contra la Violencia de Género, que se convierte en ley en diciembre de 2004. Es por ahora la última normativa dirigida a desarrollar y complementar las medidas anteriores.

III. LA LEY ESPAÑOLA DE “MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO”

La “Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” (Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre) pretende avanzar en la filosofía de la Orden de Protección, consolidando el modelo mixto, de doble perspectiva penal-victimológica, y a la vez que incorpora un elenco de actuaciones dirigidas a la sensibilización social sobre los factores que subyacen a la violencia de género y a combatir los estereotipos culturales favorecedores de los roles de subordinación de la mujer.

¹⁹ *Ibidem*, sobre un total de 50,000 denuncias presentadas en el primer semestre del año 2005, se registran 5,400 casos de mujeres que solicitan retirar la denuncia.

²⁰ Una interesante reflexión sobre los factores que llevan a la mujer a retractarse de sus denuncias y sobre la necesidad e encauzar adecuadamente sus demandas, con amplia documentación del fenómeno en perspectiva comparada de distintos países, en Larrauri Pijoán, E., “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003, pp. 271 y ss.

En la exposición de motivos se apela explícitamente a las recomendaciones de organismos internacionales y se subraya la necesidad de reconocer las raíces profundas de las prácticas violentas en los patrones culturales que han consagrado durante siglos la desigualdad “natural” de la mujer. El enfoque es pues, de profundo alcance, pero pese a la enunciación del título de la ley, se trata fundamentalmente de una regulación sectorial de la “violencia de género”, circunscrita al tratamiento de la violencia contra la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja. Punto de partida de evidente significación como espacio especialmente sintomático donde se percibe de forma más evidente la conexión entre la pervivencia de las imágenes de subordinación, de la inequidad del reparto de roles, derechos y poderes según el sexo, y las prácticas de imposición violenta en la negación del autonomía de las mujeres en la vida cotidiana.

El artículo 1o. resume la filosofía de la ley. Dice textualmente el artículo 1.1:

La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a éstas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Y en el número 3 del mismo artículo precisa que la violencia de género a que se refiere comprende “todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones y la privación arbitraria de la libertad”.

La focalización de la perspectiva en la violencia en relación de pareja, sea durante la convivencia, o asimismo cuando se produzca después de la ruptura, supone por primera vez una contemplación específica del maltrato en este ámbito, que se desprende del marco tradicional de la “violencia intrafamiliar” genérica.²¹ Hasta ahora, las sucesivas reformas que se han producido en el Código Penal desde 1989 hasta la más reciente de 2003, habían obviado la conveniencia de esta diferenciación, lo cual ha oscurecido el significado de la violencia contra

²¹ Una diferenciación propugnada a nivel europeo: Lobby Europeo de Mujeres, *op. cit.*, nota 2, p. 16, donde se subraya la importancia de la “correcta denominación del problema: violencia masculina y no violencia familiar”.

las mujeres. La apelación al mantenimiento del “orden familiar” como objeto de tutela común del delito de “maltrato doméstico”, o a la necesidad de proteger a los miembros “físicamente más débiles de la familia”,²² no ha ayudado a clarificar la sustancial diferencia del significado del maltrato a la mujer respecto al maltrato a menores, discapacitados o ancianos del núcleo familiar.²³

En cuanto al contenido de la ley, la pretensión de ofrecer un abordaje “integral y multidisciplinar”, se plasma en la atención prestada a la educación y al “proceso de socialización” en la igualdad. Para ello dispone una larga serie de medidas de naturaleza preventiva enfocadas hacia la concienciación general sobre el problema: políticas educativas —educación en la igualdad, habilidades en la resolución pacífica de conflictos—, medidas dirigidas a eliminar la publicidad sexista en los medios de comunicación, indicaciones relativas a la sensibilización de aspectos sanitarios para la detección precoz del maltrato físico o psicológico. Una línea que ya se había iniciado en anteriores Planes de Igualdad desarrollados a nivel estatal y de las comunidades autónomas.²⁴

Por otro lado, en lo que constituyen aspectos centrales de la ley, consolida y refuerza la perspectiva de tutela de las víctimas propia de la Orden de Protección, añadiendo previsiones específicas de asistencia y de facilitación de las condiciones laborales, económicas, de información de asistencia social, psicológica, sanitaria. Consagra como derechos

²² La exposición de motivos de la LO/1989 fundamentaba la creación del delito de “maltrato habitual” en la necesidad de corregir “la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”. Sobre la “la paz y el orden familiar” como objeto de tutela del delito de maltrato doméstico, el discurso de la circular 1/1998 de la fiscalía (Procuraduría General).

²³ Todavía la reforma de 2003 del delito de maltrato habitual (LO 11/2003 de 29 de septiembre) se centró en ampliar la figura incluso a las personas especialmente vulnerables sometidas a custodia en centros públicos o privados. Críticas a estas reforma, en Lorenzo Copello, P., *op. cit.*, nota 12, pp. 4y ss.; Asua Batarrita, A., *op. cit.*, nota 13, pp. 201 y ss.

²⁴ En las medidas educativas y de sensibilización de la opinión pública, esta ley asume la estrategia diseñada por la Unión Europea para la consecución de una “democracia integradora”. Véase Comisión de las comunidades europeas, *Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005)*. Bruselas 7-6-2000, COM(2000) 335 final. Pero el acotamiento de los objetivos de la ley integral, deja a medio camino lo que sería una verdadera aproximación global a la problemática de género. Por ello se anuncia una próxima Ley de Igualdad, que irá ampliando el mosaico de disposiciones más o menos dispersas que por ahora configuran un marco fragmentario de regulaciones.

de las víctimas, la prestación de asesoramiento e información sobre los recursos sociales a través de las oficinas y organismos de las administraciones públicas (artículo 18); el derecho a la “asistencia social integral”, a través de los servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral, que incluyen atención psicológica, apoyo educativo a la unidad familiar, apoyo a la formación e inserción laboral. Establece asimismo el derecho a la asistencia jurídica, gratuita (al menos inicialmente),²⁵ inmediata y especializada, en los procesos penales y en los procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta con la violencia padecida (artículo 20). Debe destacarse que las garantías de protección de los derechos y las medidas sociales previstas, se extienden a toda mujer víctima de violencia de pareja, “con independencia de su origen, religión, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (artículo 17). Mediante esta cláusula se pretende dejar constancia expresa de la inclusión de mujeres extranjeras como destinatarias de los derechos garantizados por la ley, independientemente de su situación “regular” en cuanto a permisos de residencia o estancia en nuestro país.

Ahora bien, en el artículo 23 se establece que:

Las situaciones de violencia que dan lugar a los derechos regulados en este capítulo, se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de la violencia de género, hasta tanto se dicte la orden de protección.

Una novedad no exenta de polémica y reticencias ha sido la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como instancia especializada que asume la competencia de investigación penal de los delitos de violencia de género, junto con la competencia civil en materia de

²⁵ La asistencia jurídica gratuita viene condicionada a la falta de recursos económicos, conforme a los requisitos generales establecidos en las leyes correspondientes (Ley 1/1996). Pero ello no obsta a que de inmediato se proceda a facilitar la asistencia requerida, aunque posteriormente deban abonar los honorarios devengados por la intervención letrada si la víctima posee recursos económicos. A tal efecto, el artículo 20 establece las correspondientes obligaciones de los colegios de abogados para la designación de “letrado de oficio” en estos procedimientos, y para la organización de “cursos de especialización” dirigidos a garantizar la profesionalidad y eficacia de la intervención letrada en esta materia.

familia respecto a los afectados.²⁶ Asimismo se crea la fiscalía especializada con el mismo fin de garantizar la máxima coordinación en las resoluciones en el orden civil y penal. Estos nuevos órganos se han puesto en marcha en el pasado mes de junio de 2005, por lo que todavía es demasiado pronto para evaluar su acierto, constándose en estos cuatro meses de andadura el intenso volumen de trabajo que vienen asumiendo.

En relación a los problemas probatorios ya detectados con la aplicación de la Orden de Protección, las dificultades de tener que adoptar decisiones casi inmediatas en base al diagnóstico sobre el “riesgo objetivo para la víctima”, la nueva ley ofrece una instrumento que debiera ayudar a interpretar con mayor fundamento los indicios del “peligro”. Se trata del Protocolo Forense Multidisciplinar, que debe ofrecer un catálogo de indicadores —homologados científicamente en la experiencia comparada—, a tener en cuenta por el “equipo forense integral” que como órgano experto ayuda al juez a valorar el grado de peligro en el caso concreto.²⁷

IV. LA TENSIÓN ENTRE LA ÓPTICA PUNITIVA Y LAS DEMANDAS DE TUTELA INTEGRAL DE LA VÍCTIMA

Uno de los puntos más debatidos de la ley, pese no ser la parte más decisiva, ha sido la nueva reforma de las previsiones penales, en relación a las amenazas y coacciones de carácter leve y ocasional. Es paradójico que al final la discusión se centre en la forma de abordar los casos menos serios de violencia de género, que precisamente son los que pueden tratarse mejor con medidas sociales de apoyo y asesoramiento a la mujer para que ella adopte las decisiones pertinentes sin necesidad de acudir a los tribunales.

²⁶ Los Juzgados de Familia adoptarán las decisiones sobre medidas cautelares, y la resolución de las demandas del orden familiar; junto con la instrucción de la causa penal; el enjuiciamiento y resolución de la causa penal —por delito o falta— corresponde a los juzgados de lo penal o a los tribunales correspondientes conforme a la separación de las fases de investigación y de decisión.

²⁷ El equipo forense interdisciplinar integra profesionales médicos, psicológicos y trabajadores sociales. Véase Cobo Plana, J. A., “La prueba interdisciplinar en la violencia doméstica: un punto de vista médico-forense”, en varios autores, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Cuadernos Penales Jose María Lidón*, Bilbao, núm. 2, 2005, pp. 234 y ss.

Siguiendo con la misma filosofía de la reforma del año 2003, estas manifestaciones menores de maltrato son reformuladas por la ley integral como “delito” —y ya no como mera infracción leve o “falta”— cuando el agresor sea el cónyuge, pareja o expareja de la mujer agredida.²⁸ La exposición de motivos declara que se trata de “dar una respuesta firme y contundente” a toda manifestación de violencia de género, aun las menos intensas, cuando se trata de relaciones de pareja. Pero el recurso a la contundencia expresiva y al endurecimiento punitivo no es garantía de eficacia. Los datos estadísticos del incremento de denuncias a partir de la Orden de Protección indican que dicho incremento se explica más por las agilidad del procedimiento para imponer las medidas cautelares de alejamiento y las relativas a la vivienda y régimen de custodia de los hijos, que por la eventual condena penal a una pena de prisión. Dado que la Orden de Protección también puede dictarse en relación a denuncias por meras “faltas”, cuando pueda deducirse un “riesgo objetivo para la víctima”, no se entiende bien por qué se prescinde de la diversificación de respuesta punitiva en función de la mínima entidad de la coacción o amenaza ocasional.²⁹ En esta decisión legislativa parece subyacer la desconfianza en la labor investigadora del órgano instructor, que es quien debiera indagar los hechos que se denuncian para proceder a la valoración adecuada de su gravedad. Es sabido que un acto menor de coacción puede constituir el síntoma de una trayectoria de acoso que la víctima no relata al presentar la denuncia, pero optar por equiparar *ex lege* distintas situaciones, constituye un procedimiento que vulnera el principio de proporcionalidad de la respuesta penal. Es también evidente que la violencia en la pareja manifiesta un patrón de rasgos universales en el que el hostigamiento, las amenazas y la desvaloración en actos cotidianos constituyen la forma de menosprecio y de control característicos de la pretensión de su-

²⁸ Tras el debate parlamentario se incluyeron como “delito” también las amenazas y coacciones leves, ocasionales, cometidos contra persona “especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

²⁹ Las “faltas” de coacción o de amenaza leve contra familiares, o ex pareja, se castigaban hasta ahora con pena de “arresto domiciliario” en domicilio diferente y alejado al de la víctima por un máximo de diez días, o por trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. A partir de la nueva regulación, la pena pasa a ser de prisión de seis meses a un año o de trabajos comunitarios de treinta y uno a ochenta días y privación de derecho a porte y tenencia de armas de hasta tres años, junto con la posibilidad, si fuera necesario por el interés del menor, de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad o tutela hasta cinco años.

misión. Pero no puede renunciarse a la debida constatación de estos rasgos en el caso concreto, por lo que no procede situar bajo los mismos parámetros lo que constituya un acto aislado de coacción o amenaza que sea mera expresión de las tensiones o conflictos de la convivencia cotidiana.

No obstante las críticas a esta reforma no se centran en este argumento, sino en la supuesta “discriminación” contra el “varón”, porque cuando sea la mujer quien coacciona o amenaza levemente a su pareja, la respuesta penal permanece en el nivel más benigno de las “faltas”.³⁰ Mediante la apelación al principio de la “igualdad formal” entre los sexos, se ha pretendido descalificar el giro que la ley integral representa respecto a las reformas anteriores, al adoptar una perspectiva focalizada en la violencia de género.

El efecto de convertir las coacciones o amenazas leves en “delito”, tiene la virtualidad de dar entrada a la pena de prisión, pero de hecho, salvo casos de antecedentes penales, se procederá a su sustitución por trabajos al servicio de la comunidad, o bien a la suspensión de la ejecución de la pena, condicionada a la obligación de someterse a un tratamiento rehabilitador.³¹

Como expone Medina, buen conocedor de las experiencias en el tratamiento de esta materia en Gran Bretaña, la respuesta penal adecuada para las manifestaciones leves de maltrato debe mantenerse en el campo de las penas “comunitarias”, como ocurre en la mayoría de los países, donde se excluye la entrada en prisión.³² El retraso que mantenemos en España respecto a las penas alternativas a la prisión, incide

³⁰ *Cfr.* Sobre los términos de la polémica y la inconsistencia de los argumentos sobre la “discriminación contra el varón”, Luarenzo Copello, P., *op. cit.*, nota 12, <http://criminet.ugr.es/recpc>.

³¹ En los artículos 33 y 34 de la ley se condiciona la suspensión de la pena al cumplimiento de las obligaciones de no aproximarse a la víctima y de no comunicar con ella, y de seguir un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico; el quebrantamiento de tales obligaciones conlleva la revocación de la suspensión y el ingreso en prisión. En el artículo 35 se establece que la prisión sólo puede sustituirse por la pena de trabajos al servicio de la comunidad, en cuyo caso además deberán imponerse las mismas obligaciones de alejamiento y de tratamiento rehabilitador aludidas en los artículos anteriores.

³² Medina Ariza, J. J., “El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: consideraciones político-criminales”, en varios autores, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Cuadernos Penales Jose María Lidón*, Bilbao, núm. 2, 2005, pp. 198 y ss.

en la ausencia de sanciones diversificadas que puedan ajustarse a las características de aquellas conductas.³³ La ley integral sí establece expresamente la obligación de la administración penitenciaria de promover programas específicos de tratamiento para los condenados por violencia doméstica, y ordena que el seguimiento y aprovechamiento en la participación en dichos programas será valorado positivamente en la concesión de permisos de salida o en la suavización del régimen penitenciario (artículo 42).

V. REFLEXIONES FINALES: LA COMBINACIÓN FLEXIBLE DEL MODELO PUNITIVO Y DEL MODELO DE PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

Como reflexión final sobre la ley integral quiero destacar un aspecto central que a mi juicio probablemente deberá revisarse en el futuro. Me refiero a la relación entre la denuncia del maltrato y el acceso a las medidas de protección integral. En el modelo español, la rígida conexión entre la vía penal y el acceso al “estatuto integral” de víctima que garantiza los derechos establecidos en la ley, supone ciertamente un apoyo decisivo a las mujeres para que denuncien las agresiones. Como criterio general esta conexión es positiva, pero no puede desconocerse que en muchos supuestos esta conexión se convierte en una horma rígida que produce disfunciones y aboca a un retraimiento o a una doble victimización de quien no se encuentra preparada o decidida para afrontar las consecuencias de la intervención penal en la vida familiar. En todos los países se documenta la incidencia de la retirada de las denuncias inicialmente formuladas.³⁴ La pregunta es si debe prevalecer el objetivo de promover las denuncias aun contra el interés de la víctima, o si deben articularse mecanismos que permitan el acceso a las ayudas pertinentes aun cuando la mujer no quiera acudir a la vía penal.

La ley procesal española establece que las entidades u organismos, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de la comisión de un delito o falta de violencia familiar, están obligados a denunciar los hechos ante el juez de guardia o ante el Ministerio Fiscal,³⁵ optando de

³³ *Ibidem*, nota 32, pp. 193 y ss.

³⁴ *Cfr.* Larrauri Pijoán, E., *op. cit.*, nota 20, pp. 271 y ss.

³⁵ Artículo 544 ter. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la actual redacción introducida por la Ley 27/2003 reguladora de la Orden de Protección.

forma decidida por la “tutela penal”. Esta materia queda sometida al principio de la persecución de oficio, pero es evidente que si la víctima no colabora con su testimonio, no podrá prosperar la investigación en un alto número de casos, salvo en aquellos que hayan derivado en lesiones físicas de cierta gravedad. Pero aun cuando pueda contarse con las declaraciones de testigos de los hechos, la imposición de un castigo, contra la voluntad de la mujer afectada, se puede convertir en una condena extendida a la víctima, porque sobre ella se proyectan los efectos del encarcelamiento o del alejamiento obligado. La frontera entre lo que constituye protección de la mujer, y lo que constituye penalización indirecta a la misma queda diluida cuando se desoye su opinión para acabar imponiéndole una determinada forma de tratamiento de un problema que le afecta en primera persona.

En otros países se establecen fórmulas con mayor grado de flexibilidad respecto a las manifestaciones de violencia menor. En Italia, la Orden de Protección puede solicitarse ante la jurisdicción civil (artículos 342bis y 342ter del Código Civil italiano). A instancia de la parte afectada el juez decretará las medidas de abandono del domicilio familiar y la orden de alejamiento de los lugares frecuentados por la víctima, los hijos o personas próximas, “contra el cónyuge cuya conducta afecte gravemente a la integridad física o moral, o bien a la libertad del otro cónyuge o conviviente”; asimismo el juez del orden civil puede requerir la intervención de los servicios sociales, de los centros de mediación familiar o de entidades especializadas, para la ayuda y acogida pertinente. La Orden de Protección adoptada por el juez civil tiene un límite de duración de seis meses como máximo, salvo excepciones fundadas en la gravedad de la situación. No obstante, desde la reforma introducida en 2001 (Ley 28.4.2001), la Orden de Protección en la jurisdicción civil queda limitada para los abusos o agresiones que no constituyan delito perseguible de oficio, por lo que únicamente en caso de violencia menos grave, no reiterada, se mantiene la posibilidad de elección de la víctima entre la vía penal o la civil. No parece que los datos sobre el funcionamiento de la intervención del juez civil aconsejaran reducir su intervención en este ámbito, y de ahí las críticas a esa reforma que aboca a las mujeres a optar por la vía penal o por el silencio.³⁶

³⁶ Crítica con esta restricción de la libertad de elección de la mujer, Virgilio, M., “Gender violence: an experience of comparative Law”, intervención en EWLA CON-GRESS, Sevilla 1-3, June, 2001, panel III, Best Practices in Europe (original mecanografiado).

En Portugal se establece la posibilidad un archivo provisional del proceso penal, si la víctima lo solicita libremente, atendiendo a su situación, en delitos de maltrato familiar que conlleven una pena inferior a cinco años, y en tanto el acusado no haya disfrutado anteriormente de otros sobreseimiento por la misma clase de delito (artículo 281 del Código de Proceso Penal portugués).

No pueden ignorarse las limitaciones del derecho penal para el tratamiento adecuado de fenómenos de calado social y político como el que nos ocupa. El acierto en el diagnóstico de un problema y la contemplación de todas su caras es condición necesaria para un abordaje con posibilidad es de éxito en el caso individual y en el avance colectivo para su erradicación cuando se trata de una patología social. La definición formal de la violencia sobre la mujer como conducta intolerable, perseguible por la justicia como infracción punible, es fundamental para erradicar la impunidad y la trivialización de las prácticas de sometimiento. Pero si bien el mensaje simbólico de la condena penal sirve para la progresiva asunción social de la injusticia de tales prácticas, desde la perspectiva de la víctima su confianza en el sistema penal y la decisión de acudir a él viene condicionada por la conjunción de varios factores de distinto orden.

La complejidad y la diversidad de situaciones requiere diferenciar circunstancias y necesidades, y en todo caso es evidente que el contexto de la relación de pareja y de las relaciones familiares implicadas nos sitúa ante un cuadro de problemas sustancialmente distinto al de la mayoría de los delitos que aborda el sistema penal. De ahí la especial intensidad traumática no sólo de la situación de violencia, sino de la adopción de la decisión de poner en manos de la justicia al agresor. No es sino razonable que la víctima agote previamente la esperanza de poder reconducir la situación de otra manera, y que sólo en último término acuda al sistema penal.

La diversificación de las alternativas resulta en esta materia la vía más adecuada para que la preeminencia de la tutela penal despliegue sus efectos en los supuestos que en ningún caso deben quedar fuera de su campo, que son las agresiones de mayor entidad y el peligro de escalada de agresiones. En las situaciones de menor entidad, el objetivo debe dirigirse a dotar a la mujer de recursos para romper la dependencia económica o psicológica con el agresor, a facilitar el máximo de información y de asesoramiento. Para ello se requiere invertir deci-

didamente en el fomento de oportunidades de empleo, de formación, de ayuda a las cargas familiares, etcétera. El elenco de medidas de tutela que establece la ley integral española, es un buen referente de lo que se necesita, que, como la propia ley declara, son medidas que: “contribuyen a hacer reales y efectivos los derechos constitucionales a su integridad física y moral, a la libertad y seguridad, y a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo”. Lo que no es razonable es que el acceso a las ayudas sociales se haga depender de la colaboración con la justicia penal y no de las situaciones objetivas de necesidad que las demandan.