

EL AGRESOR COMO VÍCTIMA. A PROPÓSITO DE LA TOLERANCIA CERO EN LA VIOLENCIA DE GÉNERO

FELIPE LUIS MELÉNDEZ SÁNCHEZ

Profesor de Derecho Penal del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Cádiz y de la UNED

1. Introducción

El derecho penal se presenta como un derecho represor, que debe sancionar las conductas que se entienden atentatorias contra la pacífica convivencia social, y siempre respondiendo a los impulsos que los estudios de Política criminal vayan determinando.

De esta forma, el derecho penal va a ir entendiendo en cada momento como punibles o no unas conductas determinadas, o incrementando o disminuyendo las penas que se correspondan con determinados delitos, o introduciendo medidas de seguridad en un sentido acorde con la delincuencia que pretenda reprimir.

La realidad de la existencia de una violencia originalmente centrada en las relaciones familiares, hizo que en el año 1989, concretamente con la Ley Orgánica que reformaba el Código penal Ley Orgánica 3/1989, se introdujera por primera vez en nuestro sistema penal el delito de malos tratos a menores o incapaces así como los ejercidos sobre el *cónyuge*, si bien refiriéndose a que la sucesión de faltas, podría entenderse si concurre la *habitualidad*, que era *constitutivo de delito*.

Más tarde, el Código Penal de 1.995, actualmente vigente, se hacía eco de la necesidad de punición de los delitos que acontecían en el ámbito familiar, para finalmente primero a través de la Ley de Protección de la Violencia Doméstica, y segundo con la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género, proceder a la punición no ya de la violencia en el ámbito de la relación doméstica, sino ya directamente en función de que sea el género femenino el que padece la agresión, ya sea física, psíquica o vejación de cualquier tipo.

La tipificación delictiva obedece sin duda a la naturaleza de *ultima ratio legis* del Derecho penal, para reconducir y sancionar conductas de gravedad que se entienden dignas de represión penal, al afectar bienes jurídicos y fundamentales de la persona.

En nuestro sistema penal, toda pena debe mantener una doble finalidad. La *prevención general*, dirigida a que la ciudadanía se retraiga de la comisión de hechos delictivos que se anuncian con una sanción penal determinada, y una *prevención especial*, dirigida al individuo para que este comprenda la aflicción de la

pena, y además se le reconduzca y se le reinserte en lo que se entiende un comportamiento social normalizado.

2. Reformas legislativas en materia de malos tratos en el ámbito familiar, violencia doméstica y de género

Como se ha expuesto con anterioridad, la siempre existente pero hasta entonces no reconocida, violencia originalmente centrada en las relaciones familiares, hizo que en el año 1989, se introdujeran en el Código penal el delito de malos tratos a menores o incapaces, así como los ejercidos por el cónyuge. Es la *Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio*, de actualización del Código penal, la que introduce por primera vez un tipo penal específico, artículo 425, como tipo diferenciado de la falta ya existente de malos tratos.

Posteriormente, con la aprobación del vigente Código penal, a través de la *Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre*, se mantienen las infracciones ya introducidas por la mencionada Ley Orgánica 3/1989, y concretadas en dos tipos penales, los artículos 153 y 617.2.

La *Ley Orgánica 11/1999 de 30 de Abril*, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, también modificó el art. 617.2, incorporando la posibilidad de que Juez estableciera la posibilidad de que el condenado se aproximara al ofendido, se comunicara con él o con sus familiares, o acudiera al lugar donde hubiera cometido el hecho o residencia de la víctima o su familia, siempre que lo solicitara la víctima.

La *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de Junio*, de modificación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de protección de víctimas de malos tratos, modifica los tipos penales vigentes en el momento, concretamente los aludidos artículos 153, y 617.2 del Código penal, e introduciendo modificación en el párrafo último del artículo 620 del Código penal. En el artículo 153 aparece el término «habitualidad» que se hace extensible a supuestos de ejercicio de violencia, para con el cónyuge, o persona a la que se encuentre o haya estado vinculado por una relación estable, y para los que no es preciso que se haya ejercido sobre la misma víctima y de que los actos violentos hayan sido o no enjuiciados.

Por su parte, el artículo 620 in fine del Código Penal, elimina la exigencia de denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal.

La *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de Septiembre*, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modifica el artículo 153 del Código penal, así como el artículo 173 del mismo cuerpo legal, y deroga el último párrafo del hasta entonces vigente artículo 617.2 del Código penal.

Por *Ley Orgánica 15/2003 de 25 de Noviembre*, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/95 de 23 de Noviembre del Código penal, se modifica el artículo 617.2 del Código penal, introduciendo la pena de *localización permanente*¹.

¹ 617.2. *El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días.*

Por último, la *Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, modifica entre otros los artículos 148, 153, 171, 172, 173 y 620 del Código Penal. A excepción del 148, que introduce un supuesto agravado en el delito de lesiones cuando la víctima fuere o hubiere sido esposa del agresor o hubiera existido análoga relación de afectividad², el resto están relacionados con la violencia doméstica.

Así pues, actualmente tras la modificación operada por la Ley sobre violencia de género, se integran en tipo delictivo la amenazas leves a la esposa o mujer con la que se haya o esté vinculado en un relación similar de afectividad (art. 171 Cp) y las coacciones leves (art.172 Cp), así como el menoscabo físico o psíquico que se ocasione a estas personas por el varón al que se encuentren o se hayan encontrado ligadas (art.153.1 Cp), configurándose un delito pluriofensivo³, de posible apreciación atenuada (art.173.2 Cp), o agravada (art.153.3 Cp), y ello independientemente de la posibilidad de imposición de la pena inferior en un grado que permite el artículo 153.4 del Código penal.

3. Respuesta penal a la violencia de género. La tolerancia cero como objetivo y finalidad de la norma penal

La finalidad de la punición de los delitos que afectan a este tipo de violencia, no es sino prevenir, sancionar, y erradicar, los delitos y prestar asistencia a las víctimas.

El sujeto activo en un delito de los que se entienden susceptibles de ser calificados de violencia de género, tiene unas connotaciones especiales, que le hacen a su vez diferenciarse de lo que pueda ser cualquier tipo de delincuente que pudiera hasta la fecha haber estudiado la criminología; no se trata de un delincuente con trastornos psicológicos, ni es un delincuente generalizado, ni pertenece a un determinado estrato social que lo haga proclive a la comisión del hecho delictivo. Se trata de persona de conducta generalmente normalizada, pero que mantienen una tendencia obsesiva para con la persona con la que ha venido manteniendo una situación de relación sentimental, ya sea como cónyuge, pareja o situación similar, incluso sin convivir con la misma, pudiendo tratarse de persona inofensiva en cualquier situación y/o circunstancia y con cualquier persona, pero radicalmente lesiva o incluso letal para con esa persona.

Con estos parámetros, nos encontramos que la finalidad de punición de estas conductas, dado el perfil del llamado *maltratador*, no tiene efectos ni preventivos, ni de erradicación, ni de reeducación del agresor, puesto que a la población en general no le afecta la crudeza de la sanción para no incidir en estos hechos punibles, al no identificarse con el perfil de maltratador, y a su vez, aquellos que

² Establece el art. 148 del Código penal que *las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o al riesgo producido ... 4.º. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor con una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*

³ Serrano Gómez, A. y A. Serrano Maíllo, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11.ª edic., Madrid, 2006, p. 124.

tengan predisposición a la comisión delictiva de estos delitos no dejan de llevarlo a cabo, dada la situación de obsesión y obcecación, intrascendente a efectos penales, en hacer daño a una persona determinada. Esto mismo afecta a la inexistencia de efectos resocializadores, reeducadores, o de erradicación de este tipo de conductas⁴.

El maltratador vuelve una y otra vez de forma obsesiva, con independencia de lo cruda que sea la pena a imponer, es más, durante el cumplimiento de la misma, se reafirmaría aún más en la animosidad de llevar a cabo nuevas agresiones.

4. Efectos de la tolerancia cero en la punición de la violencia de género. El autor como víctima

A la vista de lo anterior, la única solución que se alcanza en este tipo de delincuencia, es la *represión total* de cualquier conducta que pudiera contener actos relacionables con la violencia de género. Es lo que se ha venido denominando *Tolerancia Cero*.

Así, con las reformas operadas en el Código penal, se recrudecen las penas, las medidas, y se recorta el trámite del procedimiento, con la finalidad de atajar una delincuencia que resulta realmente impactante en el número y de especial virulencia.

De esta forma se procede a castigar cualquier atisbo de conducta que se produzca en relación con el género femenino y que pudiera entenderse atenta contra su integridad psíquica, física.

1. Se acuerda la celebración de *juicios rápidos*, que afectan a los autos que se dirijan contra la mujer por su pareja, y ello, con la correspondiente merma de garantías.

2. Se establece *incremento de penas, y la consideración de delito de conducta que venía siendo integrada como vejación leve en falta*, dando lugar a la llamada *discriminación positiva* de la mujer, al no mantenerse el mismo tratamiento recrudecedor de pena si la vejación se produce de la esposa o pareja o análoga relación de afectividad al hombre, e integrará la llamada vejación leve considerada como falta.

3. Se introducen medidas de fuerte impacto en la persona, como son la *salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones, incluidos medios electrónicos de control*.

Se ha discutido, y se sigue haciendo hasta la saciedad, en relación con la quiebra de garantías constitucionales del justiciable en este tipo de delitos, si bien parece que el carácter intergrupal de la violencia de género explica y concede fundamento a la decisión política criminal de crear unas agravantes específicas para tutelar de modo más intenso a la mujer frente a eventuales agresiones de su pareja, con-

⁴ «La solución óptima, pasará por no confundir la política social con la política criminal y por la integración de los intereses de la víctima dentro de los fines del Derecho Penal de forma subalterna a la actuación sobre el delincuente», Acale Sánchez, M., *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, p. 61.

trarrestándose de ésta forma los reproches de inconstitucionalidad que pueda tener la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁵.

La presión social, y/o la presión mediática, hacen que ante la existencia de cualquier tipo de denuncia relativa a este importante sector de la delincuencia, se proceda por la autoridad policial y judicial de forma inmediata, afectando a personas que pese a no ser autores realmente de agresión física o psíquica de tipo alguno, se ven inmersos en un proceso que a la fecha y tal como se encuentra configurado, se hace prácticamente imposible salir indemne.

En Derecho privado, se estudia de forma inveterada, el denominado *fraude de ley y abuso del derecho*, y resulta por evidente incuestionable, que el derecho privado regula aspectos de la vida social que por graves consecuencias que pudieran tener, nunca podrán equipararse a las consecuencias que podrían alcanzar un uso ilegítimo de la norma penal, de tal forma que con la actual tipificación penal, que introduce la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género y antes apuntada, no puede menos que reconocerse que se va a posibilitar el uso y abuso por supuestas víctimas que realmente no lo son, a través de denuncias no veraces y que consiguen una respuesta penal que encubre de forma impune auténticas acusaciones y denuncias falsas.

La legislación actual, en su encomiable intento de abarcar, regular, prevenir, sancionar, erradicar conductas que resultan muy graves, y que atacan a bienes jurídicos como la vida o la integridad física y psíquica, pone instrumentos legales que son extremadamente sensibles a cualquier tipo de utilización, pudiéndose utilizar prácticamente de forma impune, y si se quiere de forma maliciosa. Este riesgo ha venido siendo advertido por la doctrina, que ha insistido en que ha de afrontarse la incriminación de este tipo de delito y concretamente respecto al maltrato psicológico, de una forma cautelosa, restrictiva y exigiendo concurren acciones de una gravedad parangonable a la violencia física⁶.

Detrás de los procedimientos de violencia de género existen actos cruentos, deleznable, penosos, que evidencian en muchos casos la despreciable condición de ser de algunas personas del género masculino, y que debe ser como no, sancionada con rigor⁷, y constantemente estudiados los efectos de la aplicación de la pena, a través de criterios de política criminal⁸, pero no puede darse la espalda por el sistema penal al hecho de que también existen tras este entorno problemas de relaciones de pareja, de relaciones familiares, de relaciones humanas, e incluso de relaciones patrimoniales, que pueden dar lugar a que determinadas personas hagan uso de cuanto la Ley pone a su disposición, para solucionar sin más, una convivencia deteriorada o no deseada.

⁵ Vid. Laurenzo Copello, P., *La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-08, 2005.

⁶ En este sentido, Tamarit manifestaba que ha de ir más allá de «los meros insultos o acometimientos verbales... aunque sin tener que exigirse la materialización de amenazas no constitutivas de delito», Quintero Olivares, G. y otros. *Comentarios a la Parte Especial de Derecho Penal*, Pamplona, 1999, p. 107.

⁷ La violencia contra la mujer es una violencia contra la propia sociedad, «un ataque a la esencia de la democracia», términos empleados por la Introducción al Primer Plan de Acción Contra la Violencia Doméstica, 1998-2000 aprobado por el Gobierno el 30 de Abril de 1998.

⁸ Entre otros, Serrano Gómez, A., se pronuncia en el sentido de la deficiente política criminal existente en nuestro país, *La deficiente política criminal en España*, en *Rev. Derecho*, Perú, 2005.

El recurso a la denuncia de agresión física o psíquica, actualmente produce efectos tales como:

- Problemas de desalojo de la vivienda conyugal por el esposo, controvertidos en la vía civil, se resuelven de un día para otro con denuncia de maltrato en la pareja⁹.
- Problemas de atribución de uso de la vivienda conyugal, controvertidos en la vía civil, se resuelven de un día para otro con denuncia de maltrato en la pareja.
- Problemas de guardia y custodia de menores, controvertidos en vía civil, se resuelven de forma prácticamente determinantes, con denuncias de maltrato en pareja o menores.
- Problemas de falta de contribución económica, de odios, rencores, animosidades, o simplemente venganza.

Aquí es donde aparece el agresor (el que no lo es), como víctima.

De inmediato, como ha podido observarse de la aplicación de los tipos penales o procesales actualmente vigentes, se toman medidas de alejamiento, el denunciado como autor se ve inmerso en una dinámica de detención y declaración ante las autoridades policiales y judiciales, para proceder, en virtud de lo dispuesto en el artículo 795.1.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la celebración de Juicio Rápido, en el que, cabe la posibilidad de reducción de un tercio de la pena si se conforma con el hecho imputado.

Resulta práctica habitual en los procedimientos por enjuiciamiento rápido, que las acusaciones, bien la pública, bien la particular en su caso, soliciten penas que pueden oscilar de 2 a 5 años de prisión, y que al tratarse de penas superiores a los dos años, obligan a la conformidad del acusado y dictado de sentencia en este sentido, puesto que de no hacerlo cabe el riesgo de imposición de pena no susceptible de suspensión por el Juzgado penal que proceda al enjuiciamiento, máxime cuando hablamos de delitos que ocurren en la intimidad del hogar conyugal, sin testigos, que basta la previa denuncia sin enjuiciamiento, y donde en definitiva, está presidiendo una inversión de la carga de la prueba¹⁰, prevaleciendo realmente, la presunción de culpabilidad del denunciado frente a la presunción constitucional de inocencia.¹¹

De esta forma, aparece el condenado como autor, víctima del sistema penal, que actualmente se encuentra vigente, y hasta que la política criminal facilite medios distintos de atajar esta forma de delincuencia, distintos al mero recrudecimiento de las penas, fruto de una hipervigilancia o tolerancia cero, que como

⁹ El artículo 64 de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece entre otras medidas la salida inmediata del domicilio.

¹⁰ En relación con la dificultad en la prueba, vid. Cortes Becchiarelli, E. *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Madrid, 2000, pp. 50 y ss.

¹¹ Solo en la provincia de Cádiz, en el periodo comprendido entre el 1/01/2006 al 16/10/2006, en procedimientos incoados sobre malos tratos en el ámbito doméstico o familiar, de un total sentenciados de 432 procedimientos, fueron de conformidad, 375, 4 absoluciones y 53 condenas. Datos estadísticos de la Fiscalía de Cádiz.

inevitable consecuencia, asumida por el legislador¹², supone la posible condena de inocentes, en contra de la siempre citada y conocida frase de Concepción Arenal, y ello pese a tenues pronunciamientos sobre la necesidad de deducir testimonio por posibles denuncias falsas en los supuestos de absolución.

Resurge ante este problema el pensamiento de Montesquieu de que *una injusticia hecha a uno solo es una amenaza hecha a todos*. La diferente medida que el Código penal actual mantiene en función de que en una pareja reciba agresión v.gr. verbal, el varón o la mujer, ha llevado a que se interponga cuestión de inconstitucionalidad, concretamente en relación con la posible violación de derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad, no discriminación por razón de sexo y dignidad humana, cuestión controvertida dado el incremento de delincuencia que viene produciéndose antes y después de la entrada en vigor de la Ley Integral contra la Violencia de Género¹³.

El legislador debería tomar más en serio disciplinas merecedoras de así serlo, como la política criminal y la criminología, que vienen informando sobre el desacuerdo de la línea emprendida con el recrudecimiento de penas, lo que se evidencia ante el constante incremento de este tipo de delitos, y lo que es peor, con resultados cada vez más frecuente de carácter mortal, y siempre teniéndose presente que este tipo de delincuencia no puede ser combatida exclusivamente con el derecho penal, pues ello puede llevar a afectar de forma considerable los principios inspiradores del *ius puniendi*¹⁴.

¹² De forma unánime el Parlamento decidió que en el momento histórico actual, la gravedad y entidad del fenómeno violencia contra la mujer en el ámbito familiar justifica este trato diferenciado. De manera unánime calibró como grave problema social y constató la existencia de una conciencia social sobre la necesidad de aumentar la pena para las primeras agresiones, amenazas, y coacciones que sufren las mujeres vinculadas al hombre por la institución del matrimonio o análoga.

¹³ El Observatorio del Consejo General del Poder Judicial ha constatado que las mujeres representan el 90,2% de las víctimas por violencia doméstica y siguen creciendo las denuncias por estos hechos: en el año 2003 se presentaron en los Juzgados un total de 76.267 denuncias de violencia doméstica y 99.111 en el año 2004. EL PAIS, 29-08-2005.

¹⁴ «Nuestra rama del ordenamiento colaborará con dicha causa en la medida en que no tenga que hacer decaer sus principios inspiradores fundamentales, principalmente el de intervención mínima y el de proporcionalidad de las penas, gravemente amenazados por determinados planteamientos, en ocasiones comprensibles, que pretenden atajar la problemática de forma drástica y poco respetuosa para dichos presupuestos elementales del Derecho penal», Cortes Bechiarelli, ob. cit., p. 106.