

DONES JURISTES

JORNADAS "LEY 1/04 DE MEDIDAS INTEGRALES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ANÁLISIS DE SEIS AÑOS DE APLICACIÓN" Barcelona, 2 y 3 de junio de 2011

LA TUTELA JUDICIAL PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS RELACIONES DE PAREJA EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Por Sara Vicente Collado
Ilustre Colegio de Abogados/as de Barcelona

La Violencia contra las Mujeres se define como todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. Así quedo definida en 1993 mediante Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104, donde se aprueba la DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

El artículo 3 define que la mujer tiene derecho en condiciones de igualdad al goce y a la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole. Entre estos derechos figura: el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad y a la seguridad de la persona, el derecho a la igual protección ante la ley, el derecho a verse libre de todas las formas de discriminación, el derecho al mayor grado de salud física y mental que se pueda alcanzar, el derecho a condiciones de trabajo justas y favorables, el derecho a no ser sometida a torturas, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En aquel año ya se hablaba de la no invocación de la costumbre o tradición o consideración religiosa para eludir la obligación de eliminar la violencia contra las mujeres que tienen los Estados.

En el año 2002, el Consejo de Europa adopta una recomendación R (2002) 5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia reafirmando que la violencia hacia las mujeres es el resultado del desequilibrio de poder entre el hombre y la mujer y esta desembocando en una grave discriminación del sexo femenino, tanto en la sociedad como en la familia. Y recomendando a los Estados miembros que garanticen a las mujeres el reconocimiento, disfrute, ejercicio y protección de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Anteriormente a estas declaraciones y resoluciones, se aprueba por Naciones Unidas la CEDAW (Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su artículo 6 exhorta a los Estados a adoptar medidas para acabar con la violencia ejercida contra las mujeres.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES EN LAS RELACIONES DE PAREJA A NIVEL ESTATAL

La lucha contra la violencia contra las mujeres en el estado español comienza en los años 70. Al principio no existía la violencia contra las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, era un asunto privado. La violencia se reducía a las agresiones sexuales a mujeres.

Es en los años 80 (principios) cuando comienzan los primeros trabajos, las primeras políticas públicas (recogidas de denuncias, primeras casas de acogida, primeras campañas de violencia contra la mujer). La responsabilidad de protegerse recaía sobre la mujer maltratada: “no te calles, grita, habla, cuéntalo, sácalo del anonimato”. Todas las campañas eran para animar a las mujeres a denunciar.

En el año 1989 se realiza una reforma en el Código Penal mediante Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, y se incorpora el delito de malos tratos habituales al Código Penal en el art. 425.

Con la aprobación del Nuevo Código Penal en 1995, se mantienen los mismos tipos penales recogidos por la reforma 3/89, de 21 de junio del Código Penal, aunque se modifican las penas y se cambian los números de los artículos. En aquel momento el delito de malos tratos habituales (art. 153 del C. Penal) se penalizaba con la misma pena que tiene en la actualidad el delito de torturas y trato inhumanos o degradantes, el delito que se conoce como maltrato habitual previsto en el art. 173.2 del Código Penal, se penalizaba con la pena de 6 meses a 3 años de prisión.

La siguiente reforma se lleva a cabo en el año 1999, diez años después de que se introduce punitivamente el delito de malos tratos habituales. En este momento, se produce una nueva modificación en el art. 153 del Código Penal, ampliando el elenco de protección penal a **la violencia psicológica y a la violencia ocasionada también a ex parejas**, aunque seguía siendo de dudosa aplicabilidad a parejas o exparejas no convivientes (novios o ex novios). Con esta modificación, se introducen dentro del mismo tipo penal los requisitos para que el maltrato sea considerado habitual, considerándose apreciada en atención al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, desvinculándose del criterio jurisprudencial anterior en el que se exigía la acreditación mediante Sentencia firme de tres actos de violencia en solitario, que convivía con otro criterio en virtud del cual, ni siquiera se aplicaba la

habitualidad en virtud del principio de cosa juzgada, según el cual no se puede juzgar dos veces un mismo hecho.

Por tanto, estos criterios jurisprudenciales tan restrictivos en la aplicación del delito de malos tratos habituales fueron matizados por el tipo penal.

En el año 2003 se produce otra reforma del Código Penal en esta materia, y en aquel año se tipifica como delito todo lo que antes eran faltas dejando un tipo residual de faltas en el artículo 620.2 del Código Penal.

Además se amplía el círculo de reproche penal a todas las personas del ámbito familiar (y no solo la pareja y sus ascendientes o descendientes o ex parejas...).

Se recogen expresamente las relaciones de noviazgo en el delito de malos tratos habituales, que pasa de ser considerado un delito de lesiones a ser considerado un delito de torturas y contra la integridad moral.

Se incrementan las penas en el delito de malos tratos ocasionales (anteriormente falta de maltrato), siendo la pena de 3 meses a 1 año de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días.

En materia legislativa existe otra gran reforma efectuada en el año 2003, que supuso la articulación de medidas de protección integral para las mujeres víctimas de violencia en las relaciones de pareja, la Orden de Protección. Dicha orden contempló la posibilidad de adopción de medidas civiles y penales que pueden ser adoptadas de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, no solo a solicitud de la persona agredida.

La LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO 1/2004, aprobada el pasado 28 de diciembre de 2004, fue fruto de las reivindicaciones que durante largos años han llevado a cabo las Organizaciones de Mujeres. El texto legal no recogió todos los puntos reclamados, pero ha supuesto algunos avances en cuanto a hacer posible la diferenciación legal por razón de sexo en el ámbito penal, aunque solo se haya efectuado para la violencia que se ejerce contra las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y no se haya hecho extensible a otras manifestaciones de la violencia machista.

Entró en vigor el 29 de enero de 2005, exceptuando dos de sus títulos, el IV y el V, en cuanto a las medidas previstas para realizar la TUTELA PENAL y la TUTELA JUDICIAL cuya aplicación comenzó a partir del 29 de junio de 2005.

Se podría decir que la **principal novedad que incorpora la Ley de medidas integrales contra la violencia de género**, es que aborda la violencia contra las mujeres ejercida por los varones en el ámbito de las relaciones de pareja **de manera específica**. No recoge otro tipo de violencias, es una Ley que se ha aprobado para dar una respuesta integral a la violencia que sufren las mujeres por sus parejas o exparejas hombres, aunque tenga un déficit en cuanto a no haber contemplado en dicho ámbito todas las formas de violencia

que se ocasionan, al haber quedado fuera de la ley, tanto la violencia sexual como la económica.

Otro déficit importante de la Ley Integral, es que ha reducido para el imaginario social la violencia de género a la violencia que se ocasiona en las relaciones de pareja. Ha dejado fuera el resto de manifestaciones de la violencia, tales como las agresiones sexuales, el acoso moral y sexual, la trata de mujeres y la prostitución, las violaciones como arma de guerra, la mutilación genital femenina, los matrimonios forzados, la venta de niñas, el asesinato selectivo de mujeres y niñas...

Si bien en el preámbulo de la Ley de medidas integrales se define que *“La violencia de género (...) se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige contra las mujeres por el mero hecho de serlo, POR SER CONSIDERADAS, POR SUS AGRESORES, CARENTES DE LOS DERECHOS MÍNIMOS DE LIBERTAD, RESPETO Y CAPACIDAD DE DECISIÓN”*, sin embargo, no se reflejan en el articulado de la ley medidas para remover todas las manifestaciones de esa violencia de género.

Una novedad, que desde el punto de vista jurídico es la más importante, habiendo sido objeto del mayor número de cuestiones de inconstitucionalidad planteados a ninguna Ley en el Estado Español, es el mayor reproche penal que el legislador quiso imponer cuando los actos tipificados en nuestro Código penal son cometidos por varones contra las mujeres.

Otra novedad es que esta Ley tiene un enfoque multidisciplinar, haciéndose eco de la realidad social de discriminación en la que nos encontramos las mujeres, estableciendo medidas penales, civiles, sociales, laborales, judiciales, económicas especiales para este tipo de delitos cometidos contra las mujeres. Esta especificidad penal se amplía a la tutela judicial, a través de la creación de Juzgados de Violencia sobre la Mujer en los que se van a dilucidar los procedimientos civiles y penales en los que exista una posible violencia contra la mujer por parte de su pareja o expareja.

Pues bien, pasados ya seis años desde su aprobación y puesta en marcha, tenemos que decir que deben de hacerse las reformas necesarias para seguir avanzando en la lucha contra la violencia de género. En este sentido, se reclama que se amplíe el elenco de protección de la ley y todas las medidas previstas en ella y todas aquellas que se planteen como mejora a todas las formas de violencia ejercida contra las mujeres en nuestra sociedad.

En la actualidad existen desarrolladas Leyes integrales en distintas Comunidades Autónomas. Son de ámbito de aplicación autonómico, pero casi todas amplían el ámbito de reconocimiento de derechos de las mujeres víctimas de violencia de género. Algunas de ellas amplían el elenco de protección no solo a la violencia en las relaciones de pareja, sino también a otras formas de violencia de género que existen en nuestra sociedad.

La Ley Integral es un marco legal que presenta en su aplicación práctica muchas deficiencias, pero la más importante que debería ser de modificación urgente, es que estableció como título habilitante para poder tener acceso a todas las medidas de protección, la interposición de la denuncia por parte de la mujer víctima de malos tratos y la obtención de una orden de protección.

Pues bien, estos títulos habilitantes son los que lanzan al imaginario social que la responsabilidad de protegerse siempre es de la mujer. Pero además están impidiendo la protección del 90% de las mujeres que son víctimas de violencia de género en las relaciones de pareja, puesto que es el porcentaje de mujeres que no denuncian. Es una ley que no da respuesta real por tanto a la violencia machista en las relaciones de pareja.

Por último, es necesario hacer especial hincapié en las medidas de protección y en la dotación de personas para hacerlas efectivas, así como en la articulación de todas las políticas educativas, sanitarias, preventivas... que pueden hacer posible que la Ley de medidas integrales pueda obtener resultados a corto, medio o sobre todo a largo plazo.

LA APLICACIÓN DE LA LEY INTEGRAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID

A) TUTELA PENAL

En primer lugar, conviene hacer una exposición de las penas que a partir de la Ley 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género se han incorporado a nuestro Código Penal y a los diferentes tipos penales existentes en la actualidad:

Maltrato físico o psíquico ocasional (Art. 153 Código Penal)

	Mujer (agresora)	Hombre (agresor)
PENA	3 meses a 1 año	6 mes a 1 año
	Inhabilitación patria potestad 3 años	Hasta 5 años
	Trabajos en beneficio de la comunidad 31 a 80 días	
	Privación de derecho y tenencia de armas. (1 a 3 años)	

Maltrato habitual (Torturas y tratos inhumanos o degradantes - Art. 173 C. Penal)

	Mujer (agresora)	Hombre (agresor)
PENA	6 meses – 3 años	3 meses – 3 años
	Privación armas, hasta 5 años	

Lesiones (Art. 148.4 C. Penal)

PENA	Mujer	Hombre
	2 – 5 años	6 meses - 3 años

Amenazas leves (Art. 171.4 C. Penal)

PENA	Mujer	Hombre
	6 meses a 1 año	3 mes a 1 año
	o trabajos en beneficio de la comunidad	o multa 6 a 24 meses

Coacciones (Art. 172.1 C. Penal)

PENA	Mujer	Hombre
	Misma pena si las coacciones son graves de 6 meses a 3 años de prisión o multa de 12 a 24 meses	

Coacciones leves (Art. 172.2 C. Penal)

PENA	Mujer	Hombre
	6 meses a 1 año	
	o trabajos en beneficio de la comunidad	

Coacciones y Vejaciones leves (Faltas - Art. 620 C. Penal)

PENA	Mujer	Hombre
	Igual para mujeres y para hombres de multa de 10 a 20 días	

Quebrantamiento de condena (Art. 468)

PENA	Mujer	Hombre
	6 meses a 1 año	6 meses a 1 año
		o multa 12 a 24 meses

B) TUTELA JUDICIAL

Comenzar dando algunos datos sobre la actuación jurisdiccional es importante como indicador del grado de cumplimiento de la Ley Integral por parte de Juzgados y Tribunales.

Según datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial del año 2009, existe un 50% de Sentencias Absolutorias (incluidos aquí los sobreseimientos que representan casi un 2%) en cuanto al análisis de las Sentencias dictadas por los Juzgados de lo Penal. Si tenemos en cuenta que del otro 50% de Sentencias en las que existe condena, un 21% son Sentencias condenatorias por conformidad, tenemos que tan solo se condena por considerar acreditada la violencia durante el procedimiento y en el Juicio Oral el 29% de la violencia que se denuncia cuyo enjuiciamiento corresponde a los Juzgados de lo Penal.

En cuanto a las Audiencias Provinciales, sin embargo el número de Sentencias condenatorias es de un 77% frente a un 17% de Sentencias absolutorias y un 6% de sobreseimientos. Hay que decir que la violencia que se enjuicia por parte de las Audiencias Provinciales es la más grave, las lesiones muy graves y los feminicidios.

La aplicación de la ley en la Comunidad de Madrid viene marcada por la **Sentencia núm. 256/2004 de 19 julio dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 16 de Madrid** que en su FD Primero establece:

“En el acto del juicio oral ha quedado acreditado en primer lugar, la dependencia al alcohol que presenta el acusado Martín así como su personalidad depresiva y que ésta ha sido acentuada por la separación con M^a Isabel. Al acusado se le imputan determinadas conductas que pudieran ser consideradas como una persecución denigratoria y vejatoria hacia la misma, extremo este que imputan el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular. No hay nada más que realizar una lectura detenida de la querrela, para mostrar la extrañeza que supone el considerar necesario tantos folios para poder explicar una conducta denigratoria, vejatoria del acusado respecto de su esposa, que pueda ser considerada constitutiva de un delito de violencia doméstica. Esa misma extrañeza se produce al observar todos los testigos propuestos por las partes para poder acreditar o desvirtuar la existencia de la misma en el acto del juicio oral. Como diría un insigne penalista, bastan dos o tres líneas para mostrar la certeza de la existencia de un delito. Si son necesarios tantos folios, tantos testigos, para llevar a un Tribunal a la certeza de la comisión de un hecho delictivo, es porque no existe base para ello, y se intenta buscar tres pies al gato.

En primer lugar, hay que destacar que puede existir un interés por parte de M^a Isabel G v al interponer la querrela que ha dado origen a las presentes actuaciones.” (F.D 1º)

Esta Sentencia refleja perfectamente cual es el espíritu de nuestra judicatura cuando tienen que actuar frente a la violencia de género, del conjunto de operadores jurídicos, incluido el espíritu de las personas que en los distintos turnos de oficio asesoran jurídicamente a las mujeres víctimas de violencia de género en las relaciones de pareja.

En ningún otro delito de los recogidos en nuestro Código Penal se pone tanto en cuestión la declaración de la víctima como en los delitos de malos tratos sin que se tengan en cuenta asuntos tan importantes como que las mujeres víctimas de violencia en las relaciones de pareja tardan de media siete

años para romper su relación de pareja o que tan solo diez de cada cien mujeres víctimas de la violencia machista denuncian¹.

Por tanto, en la inmensa mayoría de los casos, la denuncia interpuesta por la mujer no se refiere tan solo a una violencia ocasional, sino que casi siempre existen múltiples actos de violencia y durante años (más de 7) antes de que se interponga la primera denuncia por violencia machista.

La Jurisprudencia se ampara en elementos tales como, “*la ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación*”, para restar credibilidad a la declaración de la mujer y finalmente no ser tenida en cuenta, cuando en realidad lo que se está produciendo es una ampliación de la denuncia interpuesta y recogida de un modo escueto ante el Juzgado o ante la Comisaría de Policía; o miedo en la mujer; o dudas acerca de su continuación en la relación de pareja; o una amnesia acerca de todas las situaciones de violencia vivenciadas a lo largo de relación de pareja.

La actuación judicial que con carácter general se lleva a cabo por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Comunidad de Madrid presenta las siguientes características:

- Tratan de minimizar los actos de violencia ejercida por las parejas o exparejas.
- No se penaliza la violencia psicológica como tal, puesto que no se considera acreditada.
- Existen deficiencias en cuanto a la toma de denuncia y a la consideración de la violencia habitual. La inmensa mayoría de la violencia es enjuiciada como ocasional y no como habitual.
- No existe asistencia letrada desde la interposición de la denuncia.
- Con carácter general ante la lectura de derechos a las mujeres víctimas de violencia de género se hace de un modo disuasorio, animando a las mujeres para que no continúen como parte en el mismo. Decir que es habitual la renuncia expresa por parte de la mujer a todo tipo de acciones civiles y penales sin que hayan sido informadas legalmente de los derechos que les asisten. Muchas de ellas lo hacen de un modo voluntario, pero muchas otras no saben lo que significa dicha renuncia.
- La única prueba de cargo en la inmensa mayoría de los procedimientos penales es la declaración de la víctima y, en el mejor de los casos, un parte médico de lesiones si es que han existido lesiones. No se atiende a la violencia habitual a los episodios ocurridos con anterioridad al hecho que dio lugar a la denuncia. No se recaban otros medios de prueba además de la declaración de la víctima y del parte médico de lesiones.
- En cuanto a las órdenes de protección tan solo se adoptan si existe una proximidad entre la agresión y la solicitud y se acredita la existencia de una situación objetiva de riesgo.

¹ Memoria del Servicio de Atención a la Mujer de la Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres, 2010.

- Existe una tendencia generalizada a no adoptar ninguna otra medida prevista en la Ley Penal distinta de las del art. 544 ter de la L.E.Cr. y 48 del Código Penal.
- Otra deficiencia en la Comunidad de Madrid es la falta de formación especializada en violencia de género de todos los operadores/as jurídicos/as. Las personas que tienen que prestar la asistencia letrada gratuita que se garantiza en la Ley no tienen formación específica en género para esta materia con carácter general. Son estas mismas personas las que ponen en cuestión la aplicación de la Ley Integral.
- En cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal a lo largo del procedimiento, si bien durante la fase de enjuiciamiento su principio de jerarquía les lleva a mantener las acusaciones, sin embargo, durante la instrucción se relaja y sus actuaciones tendentes a la averiguación de los hechos son inexistentes. Solicitan el sobreseimiento en cuanto que existe renuncia por parte de la víctima y no hay otros medios de prueba aportados.

En cuanto a la necesidad de acreditar el elemento de dominación

En la Comunidad de Madrid **no se exige el elemento finalístico de dominación**, sino que más bien al contrario, solo es necesario acreditar la relación de afectividad y la acción expresiva de la violencia. Basta con atender a la propia Jurisprudencia de la Audiencia para saber la consideración que sobre el elemento de dominación se hace.

Así **Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) en Sentencia nº 1398/2010 de 13 de septiembre** establece que, *“El elemento finalístico que se invoca no constituye ninguno de los elementos del tipo penal aplicado, que no exige, en consecuencia, la prueba de que las razones últimas en el obrar del sujeto, ajenas al proceso penal, como en el resto de las infracciones penales, sean causar una situación de miedo o de dominación a la víctima, sino que objetivamente, y de forma intencionada y voluntaria, ha perpetrado la acción que el legislador ha considerado constitutiva del ilícito penal, y le ha aparejado una pena determinada. De manera que el tipo penal del artículo 153 C.P. requiere únicamente la acreditación de la acción expresiva de la violencia y de las relaciones de pareja, vigentes o pasadas, entre agresor y víctima, para que se estime la procedencia del delito por el que el recurrente ha sido condenado, sin que sea precisa la prueba además de la intencionalidad de la conducta agresiva.*

(...) Interpretación que viene avalada por la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo de 2008, por la que se ha declarado la plena constitucionalidad del art. 153.1 C.P., que viene a descartar la necesidad de exigir en este delito un elemento finalístico que el propio precepto no incorpora, de modo consistente, de manera que, aplicado en sus propios términos, solo atiende al hecho objetivo de que cause un menoscabo psíquico o una lesión de carácter leve, o se golpee o maltratare de obra sin causar lesión, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha.” (F.D. 2º)

Y en la **Sentencia nº 1457/2009, de 27 de noviembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27)**, establece que *“En consecuencia, ese*

elemento finalístico, o ánimo específico de dominación, de abuso o sometimiento, a que alude la recurrente no constituye un requisito fáctico necesitado de prueba, en la configuración del tipo penal, bastando la acreditación de la acción expresiva de la violencia, y las relaciones de pareja, vigentes o pasadas, entre agresor y víctima, para que se estime la procedencia del delito por el que el recurrente ha sido condenado.” (FD 2º)

Sin embargo, tampoco se tiene en cuenta el mencionado elemento de dominación como elemento intrínseco de la violencia ocasionada por los hombres en las relaciones de pareja. Se viene a aplicar la ley en sus términos estrictos, sin incorporar la perspectiva de género a la hora de su aplicación entendiéndose como tal que cualquier acto de violencia que se comete por parte de un varón hacia su pareja o expareja mujer es un acto de dominación en sí mismo, sin que se haga necesaria su acreditación.

La violencia cruzada

Es aquella que se considera acreditada en una relación de pareja donde existe igualdad de condiciones entre el hombre y la mujer y ha habido intercambio de agresiones entre ambos.

Pues bien, en la Comunidad de Madrid, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal y la Audiencia Provincial entienden que si se denuncian agresiones por parte del hombre y de la mujer y se pueden acreditar de algún modo (partes médicos, testificales...), ha existido violencia cruzada, violencia donde se da por supuesta la condición de igualdad entre el hombre y la mujer sin necesidad de ser acreditada en modo alguno. En este caso, en la Comunidad de Madrid se entiende que deben de ser condenados ambos, cada uno por la agresión que ha cometido en función de lo que está establecido en los tipos penales y en función también del diferente trato punitivo dado por el legislador.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) núm. 1140/2010 de 9 de julio es un claro ejemplo del diferente trato penal.

“FALLO: "Que debo CONDENAR Y CONDENO a Urbano como autor responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 153.1 y 3 del C.P ., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve meses y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho a la tenencia y porte de armas por 2 años, y prohibición de aproximarse a Lucía , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que ésta frecuente, en un radio de 500 mtrs., así como de comunicar por cualquier medio durante un periodo de 2 años. Y debo CONDEAR Y CONDENO a Lucía como autora responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar previsto y penado en el art. 153.2 y 3 del C.P ., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de siete meses y dieciséis días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por 2 años, y prohibición de aproximarse a Urbano , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que éste frecuente, en un radio de 500 mtrs., así como de comunicar con él por cualquier medio durante un plazo de 2 años”.

El diferente trato penal, sí es tenido en cuenta a la hora de condenar, pero no se tienen en cuenta las diferentes condiciones en las que se encuentran ambas partes en la relación de pareja. Tampoco se tienen en cuenta otras circunstancias que muy frecuentemente están presentes en una relación de violencia machista, si han existido agresiones anteriores del hombre hacia la mujer, la reincidencia, la legítima defensa que pudiera haber tenido que emplear la mujer ante una nueva agresión, el estado de necesidad.

Dicha violencia cruzada se instruye dentro del mismo procedimiento por parte del Juzgado de Violencia sobre la Mujer correspondiente, todo ello en aras del principio de economía procesal.

En la actualidad, la violencia cruzada es un arma que tienen los agresores para disuadir a las mujeres de continuar con la acusación en el procedimiento, puesto que ellas se arriesgan a que sean condenadas en el procedimiento, cuando son realmente las víctimas que tan solo se han defendido de una agresión.

Dicha arma utilizada por los denunciados puede tener como resultado o bien una condena para ambos o bien que se consideren no acreditados los hechos denunciados para ninguna de las dos partes y, por último, que se llegue a condenar tan solo a la mujer víctima de violencia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) núm. 1140/2010 de 9 de julio ilustra perfectamente cual es la interpretación que se hace de lo que se denomina violencia cruzada. En la misma no se tienen en cuenta ni los medios empleados, ni las circunstancias. Tan solo se considera que existe igualdad de armas entre ambas partes, denominando a esta violencia como "riña mutuamente aceptada" en la cual no cabe apreciar la legítima defensa como eximente.

"... Se alega por la parte recurrente como motivo de apelación su disconformidad con la sentencia de instancia aduciendo error en la apreciación de la prueba por la inaplicación a la apelante del artículo 20. 4º del Código Penal al entender que debía habersele apreciado la circunstancia eximente de actuar en legítima defensa, alegato que no ha de tener acogida.

Así es: reproduciendo su declaración en el acto del juicio oral mantiene la apelante que su pareja (el coacusado, también recurrente) y ella mantuvieron una discusión, que ella cogió un tenedor para defenderse y que él le pegó un puñetazo. El coacusado, por su parte, reconoció la discusión relatando que la apelante le puso el tenedor en el pecho, le quitó el tenedor y ella le arañó, negando haber propinado un puñetazo a su pareja.

Como señala el juzgador "a quo" cada uno de los recurrentes mantiene, pues, no haber atacado al contrario habiendo resultado, sin embargo, agredido por aquel, pero lo cierto es que ambos contendientes sufrieron lesiones similares y compatibles con su relato inculpativo del contrario pues mientras que, como se ha hecho constar, Urbano dijo haber sido arañado por Lucía, contrariamente a lo mantenido por ésta, presentaba el coacusado lesiones consistentes en erosiones en la cara anterior

del tórax , en ambas mejillas, frente y cara lateral izquierda cervical coincidentes con el ataque que relató haber sufrido a manos de la recurrente.

Señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2005 "que no pueden aceptarse decisiones de los Tribunales relativas a la determinación de los hechos que no encuentren base alguna en las pruebas practicadas, pues lo impide el principio general de proscripción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución", pero que "esta consideración no autoriza a sustituir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal por la que realiza el interesado" así como que tampoco " puede hacerse esa sustitución amparándose en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que exige de los Tribunales una resolución fundada de forma razonable. Ni tampoco en la presunción de inocencia, que solo autoriza a verificar la existencia y la validez de la prueba y la estructura racional del proceso de valoración. En este sentido, cuando se trata de pruebas directas comprobando si lo que el Tribunal afirma que se ha dicho por los testigos tiene poder incriminatorio o demostrativo suficiente. Y si se trata de pruebas indirectas, verificando no solo la existencia de los indicios, sino también la racionalidad y consistencia de la inferencia realizada."

En relación con casos, como el que nos ocupa, en el que se ha producido una agresión en que ambos contendientes se han atacado de forma mutua, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005 que "Por <<agresión>> debe entenderse toda acción creación de un riesgo inminente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles, creación de riesgo que la doctrina de esta Sala viene asociando por regla general a la existencia de un acto físico o de fuerza o acometimiento material ofensivo. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de <<agresión>>, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la <<agresión>> no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto y según S. 30-3-93, "constituye <<agresión>> ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda citar un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes".

En concreto "en los casos de riña <<mutuamente aceptada >> numerosa jurisprudencia ha excluido la posibilidad de apreciar la legítima defensa (SSTS, 214/2001 de 16.2, 77/2000 de 29.1), siendo indiferente la prioridad en la <<agresión>>, aun cuando se ha precisado que ello no exonera a los Jueces de averiguar "la génesis de la <<agresión>> y de determinar si es posible, quien o quienes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite "que pueda aparecer, como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la <<agresión>>" (SSTS. 1265/93 de 22.5, 312/2001 de 1.3, 399/2003 de 13.3) y a tal supuesto, en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios, haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no se contaba, produciéndose un cambio cualitativo en la situación de los contendientes", supuesto que en absoluto puede ser aplicado en el caso que nos ocupa, en el que, a través de los daños acreditados en ambas partes, se infiere que no se limitó una de ellas (en este caso, la recurrente) a repeler el ataque

del contrario, sino que ambos intervinieron activamente atacándose lo que, de acuerdo con la resolución anteriormente transcrita, imposibilitaría la aplicación de una circunstancia eximente de legítima defensa pues, como también señala la meritada sentencia la misma "no puede estar basada en meras especulaciones, sino en datos tan ciertos e inequívocos como el hecho mismo.

(...)

Estima, pues, el juzgador que existe en el caso presente prueba de cargo bastante para imputar, como ya se ha dicho a cada uno de los coimputados los daños físicos ocasionados al contrario, y, en consecuencia, dictar una resolución condenatoria para ambos sin apreciar la eximente que propugna la recurrente y estos argumentos han de ser aceptados en esta instancia pues al razonar la juzgadora su convicción no se aprecia en sus conclusiones error o incongruencia que pueda justificar una alteración en las mismas, habiendo de añadirse que la jurisprudencia de forma constante, reiterada y pacífica viene estableciendo que la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal exige que sus presupuestos fácticos se encuentren tan acreditados como el hecho mismo (por todas, sentencia Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2001), extremos que, como ya se ha reseñado, al existir versiones contradictorias entre las partes y similitud de lesiones en las mismas en absoluto han sido cumplimentados en el caso que nos ocupa, lo que ha de conducir a denegar las pretensiones de la recurrente y a confirmar íntegramente de la resolución que se recurre". (F.D. 1º)

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) núm. 704/2010 de 9 septiembre es un claro ejemplo de procedimiento en el que existen denuncias por ambas partes, pero en el que no se condena a ninguno de los dos.

"En el presente supuesto el recurso no puede prosperar compartiendo esta Sala las acertadas argumentaciones de la resolución impugnada en modo alguno desvirtuadas por el recurrente.

De esta forma el procedimiento se incoó en virtud de la denuncia interpuesta por Natalia con fecha 12 de mayo de 2009 contra su ex pareja Nazario en la que tras señalar que había mantenido con este último una relación sentimental durante 7 meses, concluida el mes anterior, refirió los siguientes hechos:

a/ Que en el mes de septiembre de 2008 cuando se encontraban en una discoteca sita en Fuenlabrada tuvieron una discusión que continuó en la calle en donde el denunciado (refirió) le propinó varios empujones, puñetazos y patadas, dejándola tirada en el suelo y abandonando el lugar. Señalando como testigo a su anterior pareja, Samuel.

b/ Que el denunciado le habría amenazado diciéndole "denuncia a Samuel (su anterior pareja) que voy a llamar a mi madre, van a ir mis primas a matarte".

c/ Que el día 20/11/2008 cuando iban en el coche del denunciado empezaron a discutir y entonces este le dijo "si no eres mía no eres de nadie" para acto seguido quitarle el cinturón y tirar del freno de mano" lo que provocó un accidente en el que la denunciante sufrió lesiones.

d/ Que el día 1/04/2009 cuando fue a reclamar al denunciado una cantidad de dinero que este le debía en relación a un aborto que había tenido el 17/03/2009 éste le dijo "gilipollas, vete que no quiero volverte a ver, eres un guarra y una zorra". Señaló que acto seguido el denunciado interpuso a su vez una denuncia contra ella.

Incidíó además que el denunciado le amenazaba diciéndole "si lo dejamos te voy a matar, y si sigues viéndosete con tu ex -novio le voy a meter tiro a él y otro a ti".

Pues bien, en relación a los primeros hechos que se sitúan en el mes de septiembre de 2008 consta en las actuaciones sentencia de "fecha 20 de octubre de 2008 dictada por el juzgado de lo Penal nº 1 de Móstoles, que absolvió a Nazario del delito de malos tratos en el ámbito familiar que se le atribuía. Procedimiento en el que la aquí denunciante negó haber sido agredida por el referido denunciado.

Por otra parte, en relación a los hechos que se situaban el 1 de abril de 2009, por los que existió denuncias cruzadas de Natalia y Nazario, el juzgado de instrucción nº 3 de Móstoles, en el procedimiento juicio de faltas 288/09 dictó sentencia absolutoria respecto a ambos.

Con dichos precedentes que cuestionan la credibilidad de las manifestaciones inculporatorias de la denunciante respecto al resto de los hechos, ante la negativa del acusado de haber amenazado o provocado accidente alguno, atribuyendo tales conductas a la recurrente, nos encontramos con que la declaración de la primera carece de elemento periférico que lo avale, sin que por otra parte pueda entender que goza de credibilidad subjetiva, dado el contexto en el que se desarrollan los hechos con denuncias **cruzadas** de la ex **pareja** . Considerando además que consta en las actuaciones (como así se recoge en la resolución impugnada) que en este marco temporal y dentro de la actual contienda procesal el juzgado de **violencia sobre la mujer** nº 1 de Móstoles por auto de fecha 1 de octubre de 2008 , dedujo testimonio por presunta denuncia falsa **contra** la aquí denunciante Natalia por la interposición por ella de otra denuncia con fecha 30 de septiembre de 2008 **contra** su actual **pareja** Samuel (persona que situaba como testigo de los hechos que decía acaecidos en septiembre e 2008).

La declaración de la denunciante carece pues ni indiciariamente de los requisitos que la jurisprudencia viene considerando a los efectos de constituir un medio probatorio hábil que sustentase la continuación del procedimiento contra el denunciado. (F.D. 3º)

Incluso se puede dar la circunstancia de que tan solo se condene a la mujer y no al hombre, tal como vemos en la **Sentencia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) núm. 1004/2009 de 21 septiembre** que en su FD Tercero establece:

“Finalmente, plantea el recurso de Victorio la supuesta indebida aplicación del artículo 153.1 del Código Penal, por considerar que los hechos debieron ser reputados como falta del artículo 617.1 del Código Penal, solicitando que en su defecto se aplique el párrafo 4 del artículo 153. Deben también rechazarse ambas alegaciones. La primera por cuanto que no es viable la calificación jurídica de los hechos como falta, pues dado que entre las partes, en la fecha de los hechos, mediaba relación de pareja, lo cual en ningún caso ha sido puesto en tela de juicio, deviene imperativa la calificación de un simple maltrato de obra, aún sin causar lesión, o que causándola sane con una primera asistencia como fue el caso, como delito y no como falta. La segunda alegación debe rechazarse dado que se pide la aplicación de un subtipo atenuado que requiere valorar las circunstancias personales del autor y de la realización del hecho.

Por lo que resulta de los informes médicos obrantes en la causa, y de lo que declaró la perjudicada, no parece que la agresión tuviera una entidad tan nimia como

para justificar la aplicación del tipo privilegiado del artículo 153.4, pues no en vano, relató la perjudicada que el acusado le propinó un puñetazo en la cara haciéndole sangrar abundantemente, y haciéndole caer al suelo, lo cual supuso una contusión en la labio inferior, contusión en la zona del mentón y contusiones en la rodilla y codo derechos. Por ello, y aunque efectivamente todo indica que se trató de un hecho aislado, no podemos por menos que apreciar un relevante desvalor en la acción del recurrente que le inhabilita para la aplicación del tipo atenuado.”

Aplicación de las vejaciones injustas (Faltas)

En la Comunidad de Madrid, se aplica el art. 620.2 del Código Penal, es decir el tipo residual de vejaciones injustas cuando las agresiones se consideran insultos sin entidad penal grave.

Sin embargo, cuando se acredita la existencia de una violencia cruzada aunque realmente no sea tal, no se transforma el procedimiento a meras faltas, sino que se enjuicia como delito para ambos.

Transcribimos aquí una **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 26ª) Auto núm. 164/2009 de 2 febrero**, en la cual se establecen los criterios para penalizar la agresión como una mera falta.

En este sentido, se atiende a dos criterios que la propia Sentencia recoge, la gravedad de los hechos denunciados, que no suponen un menoscabo de la integridad moral, así como las circunstancias que han rodeado dicha agresión, teniendo en este caso en cuenta las versiones contradictorias entre las partes.

“... la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad "menoscabando gravemente su integridad moral", nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

De ello se derivarían como elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes:

- a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.*
- b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.*
- c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.*

Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso.

De otro lado, debe tenerse en consideración que la regulación de penal de todos los delitos que se vienen a incluir bajo la denominación genérica de delitos de violencia de género, ha supuesto un claro endurecimiento de tal legislación penal pues hechos que serían ordinariamente tipificados como falta han sido elevados a la

categoría de delito, excepción hecha del art. 620 del C.P que mantiene su calificación como falta para este tipo de infracciones.

En el caso de autos debe partirse de unas declaraciones contradictorias, al parecer susceptibles de ser probadas. Sin embargo, ni por su textualidad, ni por el momento en el que se profieren, ni por la eventual repetición de las mismas (indeterminado), podemos elevar dicho ilícito a la categoría de delito.”

En cuanto a la no declaración de la mujer

Cuando la mujer se acoge a su derecho a no declarar previsto en el art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Jurisprudencia en la Comunidad de Madrid ha considerado que la mujer puede acogerse a su derecho a no declarar, sin que ello tenga que suponer que no se pueda condenar por los hechos que fueron denunciados en su día.

La Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia nº 644/2006, de 28 de septiembre, condena al autor de un delito de maltrato del art. 153 del Código Penal con independencia de que la víctima se haya acogido a su derecho a no declarar.

LA NO APLICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA LEY CUANDO LA VÍCTIMA ES MUJER

Para terminar, y antes de las conclusiones, es necesario hacer una reflexión con carácter general. Existe una tendencia a no considerar punibles los actos de violencia cometidos en las relaciones de pareja contra las mujeres. Existe también una tendencia a minimizar la violencia machista y a no considerarla grave. Esta es la característica común que se ha producido a lo largo de los años en los que viene existiendo un delito de malos tratos habituales y se penalizan las agresiones en las relaciones de pareja, es decir desde el año 1989 hasta ahora.

Los datos de 1999 arrojados por el Estudio sobre la aplicación de la ley penal a la violencia machista en la Comunidad de Madrid², existía un 30% de sobreseimientos en los procedimientos penales.

En aquellos años el 47% de las Sentencias dictadas por denuncias de agresiones físicas eran absolutorias frente al 20% de Sentencias condenatorias en los procedimientos por faltas. Dicho porcentaje se incrementaba al 76% de absolutorias para la violencia psicológica, siendo en este caso un 11% el porcentaje de Sentencias condenatorias.

En aquellos años existía igualmente un 31% de condenas cuya prueba de cargo había sido la confesión de los hechos por parte del agresor o

² Respuesta penal a la violencia familiar. *Asociación de Mujeres Juristas THEMIS*, 1999

conformidad del agresor, frente a un 25%, donde la única prueba de cargo era la declaración de la víctima.

Sin embargo, en aquellos años se invertía la tendencia cuando existía actuación letrada, porque se conseguía un 60% de Sentencias condenatorias frente a un 40% de absoluciones.

La tendencia generalizada a la no aplicación de la ley se ha producido siempre y se produce con independencia del endurecimiento de las penas, puesto que cuando tan solo existía una tipificación a través de una falta de maltrato de obra, el índice de absoluciones era altísimo igualmente.

Por tanto, el incumplimiento sistemático a la hora de aplicar la ley obedece no a la creencia de que las penas son demasiado duras para los hechos que se enjuician, como porque existe la creencia de que no son delitos, ni faltas. En realidad existe la creencia de que no deben resolverse estos conflictos por la vía penal bajo ninguna circunstancia. Pues bien esta postura social es la que avala la no aplicación de la ley y la que relega a la violencia machista en las relaciones de pareja al ámbito privado nuevamente.

CONCLUSIONES

Es importantísimo eliminar la obligatoriedad que se ha impuesto a través de la Ley Integral de interponer una denuncia o una orden de protección para tener acceso a los recursos y a los derechos previstos en la Ley Integral. Este es el elemento nuclear por el cual se impone a las mujeres la obligación de protegerse a ellas mismas de las agresiones que vienen sufriendo por parte de sus parejas.

La medida de libertad vigilada incorporada con la última de las reformas LO 5/2010 a nuestro Código Penal, se recoge como una recomendación en el informe del CGPJ que aconseja su aplicación como una alternativa para los delitos de violencia de género. Es preocupante dicha recomendación puesto que minimiza la responsabilidad que tienen los agresores al o ser condenados.

Las consecuencias que para las mujeres están teniendo los delitos de quebrantamiento son nefastas para hacer entender a la sociedad que las mujeres no permanecen en una relación de violencia porque quieren, sino porque no pueden o no son capaces de romper con la relación de dependencia que la violencia ha originado. Pero son igualmente perversas puesto que imponen a las mujeres la responsabilidad de su propia protección.

Es importante tener en cuenta que al margen de la declaración de la víctima existen otros medios de prueba que deben ser recabados para lograr la condena de los agresores al margen de la propia declaración de la víctima.