

LAS PENAS PRINCIPALES DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Patricia Faraldo Cabana

*Profesora titular de Derecho penal
Universidade da Coruña*

Artículo publicado en AA.VV., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 569-590. ISBN 978-84-9876-546-5.

Sumario: I. Introducción. II. La prisión. III. Los trabajos en beneficio de la comunidad. IV. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas. V. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es estudiar las penas que se imponen o pueden imponer como principales por delitos relacionados con la violencia de género después de los cambios introducidos por las Leyes Orgánicas (en adelante, LO) 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, tanto en el Código penal como en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Este estudio se realizará teniendo en cuenta que la LO 1/2004 introduce en el Derecho penal y penitenciario la perspectiva de género¹.

Desde una perspectiva feminista, la contraposición conceptual de “sexo” y “género” expresa que, en tanto el sexo está determinado biológicamente, el género se dota de contenido socialmente². De acuerdo con este entendimiento, la perspectiva de género no es más que “un instrumento para descubrir y comprender los mecanismos que en la práctica - a pesar del reconocimiento formal del derecho de igualdad - permiten y mantienen la subsistencia de la primacía cultural de los valores androcéntricos tanto en la sociedad como en el Derecho... que permitirá avanzar en la consecución de la igualdad material, sustantiva y real”³.

¹ Sobre ello vid. FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral frente a la violencia de género”, *Revista Penal* núm.17, enero 2006, pp. 72-94.

² Así lo reconoce la Real Academia Española en su informe de 19 de mayo de 2004 sobre la expresión “violencia de género”, al apuntar que “con el auge de los estudios feministas, en los años setenta del siglo XX se comenzó a utilizar en el mundo anglosajón el término *gender* con el sentido de “sexo de un ser humano” desde el punto de vista específico de las diferencias sociales y culturales, en oposición a las biológicas, existentes entre hombres y mujeres. Tal sentido específico ha pasado del inglés a otras lenguas, entre ellas el español. Así pues, mientras que con la voz *sexo* se designa una categoría meramente orgánica, biológica, con el término *género* se ha venido aludiendo a una categoría sociocultural que implica diferencias o desigualdades de índole social, económica, política, laboral, etc.” (cursivas en el original).

³ MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 222. Vid. también CARRERAS, M., *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Ayuntamiento de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1994, *pássim*; FERNÁNDEZ, R., “El derecho penal como instrumento imprescindible para la prevención de la violencia contra las mujeres”, en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 194 ss.

Se trata de un tema que se enmarca, pues, dentro de la mal llamada violencia doméstica⁴ o violencia contra la mujer⁵, en suma, la violencia de género⁶, concepto que en España ha quedado notablemente indeterminado⁷.

Conviene resaltar que nos encontramos ante un régimen especial. En lo que se refiere al régimen penológico, una primera especialidad radica en la previsión de subtipos agravados de algunos delitos contra la integridad y contra la libertad por la concurrencia de la condición biológica de ser mujer en la víctima y de ser varón en el autor, estando o habiendo estado casados o ligados por una análoga relación de afectividad, aun sin

⁴ Expresión que resulta demasiado amplia, porque abarca la violencia ejercida en el hogar contra cualquier miembro de la familia. Y por otro lado, en un entendimiento literal, es demasiado restrictiva, porque excluye la violencia ejercida contra la ex-pareja o la pareja actual con la que no se convive.

⁵ Expresión que resulta demasiado estrecha, pues no alude a la raíz última de esa violencia, la estructura social patriarcal, ni tampoco aclara que se trata no de violencia contra cualquier mujer, sino de violencia contra la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

⁶ La expresión “violencia de género” es un barbarismo, pero permite poner el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja, fruto de categorías, roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, e instrumento para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre. Vid. entre otros COMAS D'ARGERMIR I CENDRA, M./ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., “La violencia de género: política criminal y ley penal”, en JORGE BARREIRO, A., y otros, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 1185 ss; GÓMEZ PARDOS, L./ LÓPEZ VALENCIA, E. M., “El fenómeno de la violencia doméstica y su tratamiento legislativo e institucional. Especial referencia a la Comunidad Autónoma aragonesa”, en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 21 ss; LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la Ley Integral: valoración político-criminal”, *Jueces para la Democracia* núm.54, noviembre 2005, pp. 20-23; MAQUEDA ABREU, M. L., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 08-02 (2006), pp. 1 ss.

⁷ En el que se ha propuesto incluir, junto a los delitos previstos en los arts. 153, maltrato no habitual, y 173.2, maltrato habitual, también los nuevos delitos de amenazas, art. 171.4, 5 y 6, y coacciones, art. 172.2 CP, fruto de la reforma operada por la LO 1/2004. Así, SANZ MULAS en SANZ MULAS, N./ GONZÁLEZ BUSTOS, M. A./ MARTÍNEZ GALLEGO, E. M. (coords.), *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, p. 159. Esta es la posición que se adopta en el texto. Por su parte, señala que habría que incluir todos los delitos que impliquen “violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”, siempre que los cometa quien sea o haya sido pareja de la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.3 LO 1/2004, LAURENZO COPELLO, P., “El modelo de protección reforzada de la mujer frente a la violencia de género: valoración político-criminal”, en AA.VV., *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 99-100, nota núm.20; de la misma autora “La violencia de género”, cit., p. 23, nota núm.22. A favor de este entendimiento amplio vid. también CERES MONTES, J. F., “Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional”, en CASTELLANO RAUSELL, P. (dir.), *Las últimas reformas penales*, Cuadernos de Derecho Judicial III-2005, CGPJ, Madrid, p. 323. La Circular 4/2005, de 18 de julio, de la Fiscalía General del Estado, señala que esta expresión “deberá ser interpretada conjugando el artículo 1 LO 1/2004 en relación con las normas que determinan la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De forma que por “delito relacionado con la violencia de género” se entenderá aquellos que, siendo competencia de los Juzgados de violencia sobre la mujer conforme al artículo 87 ter 1 a) y b) de la LOPJ..., hayan tenido como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia” (apartado IV.G). Similar MATA Y MARTÍN, R. M., “Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *RdPP* núm.15, 2006-1, pp. 41-42. Para ROIG TORRES, M., “La suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad de los delitos relacionados con la violencia de género”,

convivencia; por otro, en la conversión de faltas en delitos también cuando la víctima sea una mujer y el autor su pareja de sexo masculino, estando o habiendo estado unidos por las relaciones expresadas⁸. Estos aspectos no serán objeto de estudio en este trabajo. Una segunda especialidad consiste en la acumulación obligatoria a la una o a la otra de las penas accesorias de prohibición de aproximación y/ o comunicación con la víctima u otras personas. Este tema ya ha sido objeto de análisis en un trabajo monográfico⁹. Una tercera radica en la previsión de los trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal alternativa a la prisión, y en la imposición obligatoria de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pudiendo también imponerse, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, cuestiones en las que me centraré a continuación. En este trabajo, por lo tanto, se pretende realizar un análisis general de las penas principales previstas para la violencia de género y su adecuación a esta forma de criminalidad, caracterizada por la especial relación que une al autor y a la víctima, estudiando, en particular, si estas medidas pueden contribuir a la protección de la víctima sin merma de sus derechos.

I. LA PENA DE PRISIÓN

Se intensifica la tendencia a castigar con dureza los comportamientos agresivos en el hogar o contra la mujer, optando el legislador por imponer penas de prisión de al menos seis meses, con un límite superior que puede llegar a cinco años.

Se imponen penas de prisión de dos a cinco años por lesiones incardinables en el art. 147.1 CP (art. 148 CP); prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, y potestativamente inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, para el tipo básico por golpear o maltratar de obra sin causar lesión (art. 153 CP), y lo mismo por amenazas leves (art. 171.4 CP) y por coacciones leves (art. 172.2 CP); prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, potestativamente, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años para el tipo básico de maltrato habitual (art. 173.2 CP).

RdPP núm.15, 2006-1, pp. 118-123, basta que se trate de un delito que comporte uso de violencia física o psíquica, pudiendo ser uno de los delitos enumerados al definir las competencias de los juzgados de violencia contra la mujer o cualquier otro violento, siempre que concurra el especial vínculo entre las partes (p. 123). Ampliamente, RAMÓN RIBAS, E., “Reflexiones sobre los delitos de violencia “doméstica” y violencia “de género””, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 101-104. Sobre cómo se ha de entender la declaración contenida en el art. 1 LO 1/2004, vid. ACALE SÁNCHEZ, M., “El artículo primero de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género: el concepto de violencia de género”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, cit., pp. 35-76.

⁸ En general, sobre estos y los restantes aspectos de la ley, vid. MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de protección integral contra la violencia de género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005. Vid. también MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., “A propósito de la Ley 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Regulación de la violencia doméstica”, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ SANZ MULAS, N. (coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, pp. 81 ss.

⁹ FARALDO CABANA, P., *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Con ello se pretende resaltar la gravedad de los actos en que se materializa la violencia de género. Ahora bien, esta dureza se ve compensada por las amplias posibilidades de sustituir y suspender la pena para delincuentes primarios, ya analizadas en su día¹⁰. En este sentido se ha de tener en cuenta, asimismo, que la sobrepoblación penitenciaria, la relativa ineficacia de la prisión en orden a prevenir ulteriores actos de violencia¹¹, y la reluctancia de la víctima a que se imponga prisión en los casos en que mantiene la convivencia o la relación sentimental con su agresor, ha llevado a que nuestro Código penal contemple un amplio abanico de penas alternativas a la prisión y de alternativas a la ejecución de la pena de prisión, siguiendo tendencias observadas en el Derecho comparado¹².

El aumento del límite mínimo de la pena de prisión en relación a la regulación anteriormente vigente pretende facilitar la aplicación de la prisión provisional como medida cautelar mientras se sustancia el proceso. La prisión provisional sólo se puede adoptar cuando “conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso” (art. 503 LECrim). Ahora bien, ya la LO 15/2003 había modificado el precepto para incluir en él como fin de la prisión provisional “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1 de este apartado”.

El quebrantamiento de la pena de prisión se castiga con pena de prisión de seis meses a un año si el reo estuviera privado de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos (art. 468.1 CP). No se aplica este apartado cuando el autor del hecho, aun sometido a la ejecución de una pena privativa de libertad, esto es, estando formalmente cumpliendo una pena privativa de libertad, no se halla internado en un centro de cumplimiento en el momento en que quebranta la pena de prisión, como sucede cuando no regresa de un permiso de salida, por ej. La Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, acerca del alcance del art. 468 CP en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad, pone de manifiesto, a mi juicio correctamente, que “el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquélla exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad. En no pocos casos, la privación de libertad impuesta al condenado adquiere un significado formal, de suerte que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su

¹⁰ FARALDO CABANA, P., “Tendencias de política criminal en el control penal de la violencia de género: alternativas a la privación de libertad y vicisitudes de la ejecución de la pena de prisión para condenados por violencia de género”, en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Política criminal y reformas penales*, cit., pp. 139-204.

¹¹ Vid. por ej., VENTURA, L. A./ DAVIS, G., “Domestic Violence: Court Case Conviction and Recidivism”, *Violence Against Women* Vol. 11, N.º.2, 2005, pp. 268-271, quienes no han encontrado una relación directa entre la imposición de una pena de prisión y la reducción de la probabilidad de reincidencia. También WOOLDREDGE, J./ THISTLETHWAITE, A., “Court Dispositions and Rearrest for Intimate Assault”, *Crime & Delinquency* Vol. 51, N.º.1, 2005, pp. 97-98.

¹² Cfr. FORD, D. A./ REICHARD, R./ GOLDSMITH, S./ REGOLI, M. J., “Future Directions for Criminal Justice Policy on Domestic Violence”, en BUZAWA, E. S./ BUZAWA, C. G. (Eds.), *Do Arrests and Restraining Orders Work?*, Sage, Thousand Oaks, 1996, p. 258.

capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuridicidad. Es lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia”. Eso significa, por tanto, que cuando el condenado quebrante la pena de prisión aprovechando los períodos de libertad derivados del disfrute de beneficios penitenciarios, permisos de salida, tercer grado o libertad condicional, no es posible sancionar dicho incumplimiento con la pena de prisión de seis meses a un año, pena que se impone por el quebrantamiento de las penas privativas de libertad, sino únicamente con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, que es la pena prevista para los demás quebrantamientos.

En lo que se refiere a la ejecución de la pena de prisión, existen ciertas especialidades para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género. El art. 42 LO 1/2004 dispone que “la Administración penitenciaria realizará programas específicos”¹³, señalando además que “las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior”¹⁴. Para que esta disposición programática se convierta en realidad, la disposición final quinta de la citada ley orgánica prevé la correspondiente reforma del Reglamento Penitenciario en el plazo de seis meses desde su aprobación, reforma que por el momento no se ha producido.

Hay que tener en cuenta que, en su redacción actual, el Reglamento Penitenciario recoge ciertas previsiones que pueden ser de interés: desde las salidas programadas para la realización de actividades específicas de tratamiento, destinadas a internos que ofrezcan garantías de un uso adecuado (art. 114 RP), lo que ha permitido incluir en estos programas visitas a oficinas de asistencia a la víctima, a la posibilidad de incluir entre los elementos del tratamiento los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción (art. 110 c) RP), lo que ofrece base suficiente para organizar actividades en las que intervengan víctimas, mediadores, asociaciones, etc., tanto dentro de la prisión como fuera de ella¹⁵.

Por lo que respecta a la libertad condicional, señala el art. 90.2 CP que “el juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles

¹³ Se acoge así la recomendación del DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, estudios y documentos. La violencia doméstica contra las mujeres*, Madrid, 1998, pp. 131 ss, dirigida a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y su equivalente catalán, en orden a instaurar con la mayor brevedad posible programas de tratamiento para maltratadores.

¹⁴ Muestra reservas acerca de la posible eficacia de estos programas, aunque aplaude su introducción como medida “absolutamente acertada”, GAMINDE MONTOYA, A., “Violencia sobre la mujer (una Ley apresurada, la 1/2004)”, en AA.VV., *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos Penales José María Lidón núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pp. 155-156. Sobre esta cuestión vid. DOBASH, R. P./ DOBASH, R. E., “Efectividad de los programas penales de tratamiento de maltratadores”, en CID MOLINÉ, J./ LARRAURI PIJOÁN, E. (coords.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 147 ss; LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coords.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 369 ss.

¹⁵ El juez de vigilancia penitenciaria puede autorizar a los internos en régimen ordinario a acudir regularmente a una institución fuera de la prisión con el objeto de llevar a cabo un programa concreto de acción especializada, siempre que sea necesario para su tratamiento y reinserción social (art. 117 RP).

motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código”. Esta autorización es del mayor interés tratándose condenados por delitos relacionados con la violencia de género, pues permite imponer tanto reglas de conducta orientadas a la protección de la víctima y al control del penado (núms.2 a 4 del art. 83.1 CP, núms.3, 4, 8 a 10 del art. 96.3 CP), como otras dirigidas a facilitar su reinserción, las de contenido terapéutico, que supondrían continuar en libertad el tratamiento del maltratador (núms.5 y 6 del art. 83.1 CP, núms.11 y 12 del art. 96.3 CP)¹⁶, o las que pretenden evitar que acuda a determinados lugares que pueden influir negativamente en su rehabilitación (núm.1 del art. 83.1 CP, núm.5 del art. 96.3 CP). Ahora bien, para la concesión de la libertad condicional se exige que los sentenciados se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta y que hayan observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 LOGP. Si existe ese pronóstico favorable es porque se ha realizado respecto del condenado un juicio favorable de peligrosidad criminal, lo que parece contradictorio con el hecho de imponer las reglas o medidas orientadas a la protección de la víctima, en particular teniendo en cuenta que el condenado estará cumpliendo las penas accesorias de imposición obligatoria cuyo contenido coincide en buena medida con el de las reglas que aquí nos ocupan. Resulta mucho más interesante que se pueda imponer como regla de conducta durante la libertad condicional la asistencia a programas específicos de tratamiento para maltratadores¹⁷.

Se prevé expresamente la revocación de la libertad condicional como consecuencia del incumplimiento de las reglas de conducta que se puedan haber impuesto (art. 93.1 CP). El art. 201.2 RP dispone que “si en dicho período el liberado volviera a delinquir o inobservarse las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional”. A mi juicio, en este supuesto sería preferible dejar que el juez de vigilancia penitenciaria valorara las circunstancias concretas del incumplimiento y decidiera lo que estimase procedente entre mantener la regla de conducta, decretar su cese, sustituirla por otra u ordenar la revocación de la libertad condicional.

No parece correcto imponer la revocación automática por el incumplimiento de reglas de conducta de aplicación potestativa, sin tener en cuenta las circunstancias del caso. En la doctrina se defiende con carácter general que en la libertad condicional, al tratarse de medidas de imposición potestativa, su incumplimiento debe ser valorado por el juez de vigilancia penitenciaria sin dar lugar automáticamente a la revocación de la libertad condicional¹⁸. Esta

¹⁶ Ya apuntaba la importancia de esta disposición el apartado VI.C de la Circular 1/1998, de 21 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del ministerio fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

¹⁷ Como proponían en 1999 REDONDO ILLESCAS, S./ GARRIDO GENOVÉS, V., “Propuesta para el tratamiento en la comunidad de los agresores interfamiliares. Propuesta desarrollada a petición del Consejo General del Poder Judicial para la discusión de la misma en la Comisión Interinstitucional creada al efecto”, 21 de mayo de 1999.

http://www.observatorioviolencia.org/Upload/DOC68_MALTRATADORESFAMILIARES.pdf, p. 22.

¹⁸ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, J. L., *Las penas en el nuevo Código Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 102. Cauta, la asociación de mujeres juristas THEMIS propone “tener en cuenta no sólo su seguimiento, sino los resultados obtenidos, y limitar legalmente los beneficios penitenciarios que puedan conllevar”. THEMIS, *Consideraciones desde la Asociación de Mujeres Themis a las reformas recientes y en proyecto*, de marzo de 2003, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/ Penal/index.htm>, p. 7. Esta última observación no es fácil de entender, salvo que se refiera a impedir que los condenados por

conclusión es válida para el supuesto que nos ocupa, pues para los condenados por violencia de género no se ha previsto aquí un régimen especial que obligue a la imposición de alguna de las reglas.

II. LOS TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Como alternativa a la pena corta de prisión aparece en algunas de las infracciones relacionadas con la violencia de género (arts. 153.1 y 171.4 y 172.2 CP, pero no el art. 173.2 CP) la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y desaparece la pena de multa. La desaparición de la multa se justifica habitualmente alegando la tutela de los intereses de la víctima: la multa afectaría a la capacidad económica de la unidad familiar, y no sólo al autor, de ahí que no sea adecuado imponerla en estos casos¹⁹.

Resulta evidente que esta justificación parte de la tradicional visión de la mujer como económicamente dependiente del hombre, sin tener en cuenta que puede existir violencia de género contra una mujer económicamente independiente, perpetuando así un prejuicio tradicional.

La previsión de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal alternativa a la pena de prisión responde a la idea generalizada de que tiene un mayor potencial resocializador que otras²⁰. Ahora bien, en relación con los maltratadores hay que advertir que “no hay investigación comparada experimental o

delitos relacionados con la violencia de género accedan al beneficio del adelantamiento de la libertad condicional, previsto en el art. 91 CP, lo que no es aceptable.

¹⁹ Vid. entre otros LARRAURI PIJOÁN, E., “¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?”, cit., p. 377; MEDINA ARIZA, J., “El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: Consideraciones político criminales”, en AA.VV., *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, p. 199. Antes de la reforma señalaba que pedir penas de multa era algo que habría de producir desazón en las víctimas MERLOS CHICHARRO, J. A., “Algunas cuestiones de las diligencias de prueba. Las frecuentes retractaciones de la víctima. La protección de la víctima en el proceso”, en AA.VV., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. II 2000. Violencia física y psíquica en el ámbito familiar (1ª reunión de Fiscales encargados del Servicio de Violencia Familiar). Violencia habitual en el ámbito familiar*, Ministerio de Justicia/ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 88.

²⁰ Vid. entre otros ASÚA BATARRITA, A., “El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas”, *Estudios de Deusto* 1984, pp. 318 ss; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “La sanción de trabajo en provecho de la comunidad”, *La Ley* 1985, p. 1068; GARCÍA ARÁN, G., “El trabajo en beneficio de la comunidad. Una pena alternativa a la prisión”, *Cuadernos Jurídicos* núm.38, 1996, p. 39; JAREÑO LEAL, A., “La pena de multa y las penas privativas de derechos”, en AA.VV., *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Casabó Ruiz. Tomo II*, Universidad de Valencia, Valencia, 1997, p. 81; MAGRO SERVET, V., *Soluciones de la sociedad española ante la violencia que se ejerce sobre las mujeres*, La Ley, Madrid, 2005, p. 281; POZUELO PÉREZ, L., “La pena de trabajos en beneficio de la comunidad”, *ICADE* sept-dic. 1997, pp. 334 y 338; SANZ MULAS, N., “Penas alternativas a la prisión”, en DIEGO DÍAZ SANTOS, M. R./ SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, p. 102; de la misma autora, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Colex, Madrid, 2000, pp. 344 ss; VALMAÑA OCHAÍTA, S., *Sustitutivos y proyectos de reforma en el Derecho Penal español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, p. 177. En contra, partiendo de un concepto de resocialización cuando menos cuestionable y ya superado, MANZANARES SAMANIEGO, J. L./ ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, B., “La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril”, *Actualidad Penal* 1996, marg.487. También poniendo en duda el contenido resocializador de esta pena, WASIK, M./ VON HIRSCH, A., “Non-Custodial Penalties and the Principles of Desert”, *Criminal Law Review* 1988, p. 567.

cuasi-experimental que evalúe, y ciertamente no la hay que demuestre, alguna ventaja comparativa de este tipo de sanción para tratar este tipo de población”²¹.

En su origen, la posición favorable a esta pena se asienta sobre la interacción entre trabajo y criminalidad, “ya que si la falta de un puesto de trabajo remunerado es uno de los factores que en mayor medida determinan la desviación criminal del sujeto, el desarrollo de una actividad laboral retribuida tiene una importancia trascendental en nuestro modelo social, de modo que facilita una socialización que aleje al sujeto de la referida desviación delictiva... Y tal consideración axiológica del trabajo también se proyecta – quizá con menor intensidad – sobre una actividad no retribuida como son los servicios comunitarios”²². Sin necesidad de repetir las críticas que se han formulado al carácter utópico y mesocrático que subyace a la idea de la resocialización mediante el trabajo²³, en relación con la violencia de género hay que tener en cuenta que el paro no es más que uno de los muchos factores desencadenantes del fenómeno, no el único ni el más importante.

Además, el efecto resocializador del trabajo depende en gran medida de que fomente en el penado una reflexión sobre el daño causado por su delito, a lo que contribuye no poco la participación en un procedimiento de conciliación o mediación con la víctima. Ahora bien, en el tratamiento penal de la violencia de género en España no se apuesta por dichos procedimientos²⁴. Tampoco parece factible implementar formas de reparación directa a la víctima consistentes en que los trabajos se desarrollen en su particular beneficio²⁵, debido no sólo a la necesaria orientación a la comunidad²⁶, sino también a la naturaleza violenta del delito cometido²⁷ y a la imposición de medidas de alejamiento, pero nada impide que el

²¹ MEDINA ARIZA, J., “El tratamiento al maltratador”, cit., p. 199.

²² BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo en beneficio de la comunidad como sanción penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 83-84.

²³ Sobre ellas vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo*, cit., p. 84, citando a FEUERHELM y TAYLOR.

²⁴ Probablemente por temor a que se utilicen como alternativa a la solución penal. Este temor también se siente en otros países. Así, denuncian su utilización como el intento más reciente de una larga lista de intentos de alejar la violencia contra la mujer del sistema penal, dejando la solución en otras manos, LEWIS, R./ DOBASH, R. E./ DOBASH, R. P./ CAVANAGH, K., “Law’s Progressive Potential: The Value of Engagement with the Law for Domestic Violence”, *Social and Legal Studies* Vol.10, Nº.1, 2001, pp. 122-123. Sobre los problemas que plantean los procesos de mediación y conciliación en la violencia de género, desde una perspectiva favorable a su introducción, vid. por todos, HUDSON, B., “Restorative Justice and Gendered Violence”, *British Journal of Criminology* Vol. 42, Nº.3, 2002, pp. 624 ss; MORRIS, A./ GELSTHORPE, L., “Re-visioning Men’s Violence Against Female Partners”, *The Howard Journal* Vol. 39, Nº.4, 2000, pp. 415 ss.

²⁵ Sobre las limitaciones de los trabajos en beneficio de la víctima vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo*, cit., p. 101; HIRSCH, H. J., “Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 114; ROIG TORRES, M., *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 557. Señala que “es impensable entender que una persona que ha sido condenada por un delito de maltrato cumpla la pena de TBC en una oficina de atención a las víctimas del delito, ya que sería un gravísimo error”, MAGRO SERVET, V., *Soluciones*, cit., p. 285, nota núm.101.

La configuración de esta pena en nuestro Ordenamiento jurídico dista mucho de ese modelo. Cfr. HERRERA MORENO, M., *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 277-278; PÉREZ SANZBERRO, G., *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Comares, Granada, 1999, pp. 195-196.

²⁶ En este sentido, entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “La pena de trabajo en beneficio de la comunidad”, *CPC* núm.70, 2000, p. 21.

²⁷ En general se afirma que para delincuentes violentos no resulta apropiada esta sanción. Vid., entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., “La pena de trabajo”, cit., p. 37; CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, “La sanción de trabajo”, cit., p. 1069; POZUELO PÉREZ, L., “La pena de trabajos”, cit., p. 338.

trabajo se configure como una forma de reparación simbólica a la víctima y a la comunidad²⁸, en la que se busque ante todo una relación entre el bien jurídico afectado por el delito y el contenido de la prestación, al igual que se hace en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (art. 7.1 j). En esta dirección, en el marco del Derecho penal de adultos, la LO 15/2003 modificó el art. 49 CP para señalar que los trabajos en beneficio de la comunidad “obligan (al penado) a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”. De esta manera se enlaza, además, con la tendencia del trabajo en beneficio de la comunidad “a servir de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas”, como se señala en el art. 2 del Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad²⁹. Se acoge con ello la posibilidad de que los trabajos en beneficio de la comunidad se configuren como programas de confrontación del delincuente con el daño ocasionado, lo que desde una perspectiva criminológica debe ser acogido positivamente.

Ahora bien, el objeto del trabajo comunitario no puede coincidir simplemente con la reparación como forma de satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. La ayuda o asistencia a las víctimas debe enmarcarse en un programa específico, “sin que sean valorables como tales iniciativas particulares del penado ajenas a dichos programas o destinados no a víctimas de semejantes delitos al cometido sino la de la víctima concreta del ilícito por el que el sujeto ha sido penado”³⁰. “Otra cosa será que llegado el momento existan realmente los citados programas, y que, por tanto, la previsión legal no quede en un mero *flatus vocis* que impida hacer efectiva una respuesta penal que puede tener unos buenos resultados”³¹.

También McIVOR, G., *Sentenced to Serve. The operation and impact of community service by offenders*, Avebury, Aldershot, 1992, pp. 38-39; TONRY, M., “Evaluating Intermediate Sanction Programs”, en PETERSILIA, J. (Ed.), *Community Corrections*, Oxford University Press, New York, 1998, p. 91. A ello se añade que las víctimas de delitos violentos son las más vulnerables y también las que muestran mayor reticencia a participar en programas basados en la justicia restauradora. Cfr. WEMMERS, J.-A., “Restorative justice for victims of crime: a victim-oriented approach to restorative justice”, *International Review of Victimology* Vol. 9, Nº.1, 2002, p. 49. En la violencia de género, sin embargo, la relación previa con el agresor puede ser un factor de atracción y de repulsión, según los casos, para que la víctima se involucre.

²⁸ Sobre la falta de contacto entre víctima y condenado en numerosas formas de justicia restauradora, sus causas y consecuencias, vid. RODERICK, F. A. HILL, “Restorative justice and the absent victim: new data from the Thames Valley”, *International Review of Victimology* Vol. 9, Nº.3, 2002, pp. 273 ss.

²⁹ Sobre el trabajo en beneficio de la comunidad como reparación, y su contribución al cumplimiento de fines de prevención general positiva vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo*, cit., pp. 97 ss. Sobre esta cuestión vid. NEWELL, T. y otros, “Restorative Justice in Prisons – Resources Book and Report”, publicación electrónica del Restorative Justice Consortium 2002.

³⁰ TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 131. En este sentido también se ha manifestado la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, de 24 de noviembre, que señala que “debe excluirse la interpretación del precepto en el sentido de orientarlo hacia una específica reparación del daño causado a la concreta víctima. Teleológicamente está el precepto orientado al interés social y no al interés propio de la víctima de la infracción, como por lo demás se infiere de la propia función que se asigna a los trabajos “en beneficio de la comunidad”.

³¹ TÉLLEZ AGUILERA, A., “La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas”, *La Ley Penal* núm.1, año I, enero 2004, pp. 30 ss, recogiendo un sentir general. Teme que los órganos judiciales opten por la pena de trabajos por ser la más leve, y que finalmente el delito quede impune porque no existen las infraestructuras necesarias para su cumplimiento, la asociación de mujeres juristas THEMIS,

En lo que respecta al control del cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, se aplica el art. 7.2 del Real Decreto 515/2005, que dispone que “los servicios sociales penitenciarios comprobarán con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto; a tal fin, mantendrán contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo y adoptarán, en su caso, las medidas procedentes”. Por su parte, el art. 49.6° CP, modificado por la LO 15/2003³², señala que “los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado: a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena. b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible. c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma. d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro. Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468”. En el núm.7° se añade que “si el penado faltara del trabajo por causa justificada³³ no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto”³⁴.

Como cabe observar, se establece un sistema de valoración que permite al juez de vigilancia penitenciaria tener en cuenta de forma flexible tanto la falta de rendimiento en el trabajo, como la ausencia injustificada, sin verse obligado a deducir testimonio por quebrantamiento de condena salvo en caso de claro incumplimiento, lo que se coordina perfectamente con el fundamento de la pena de trabajos como alternativa a la privación de

Consideraciones, cit., p. 7.

³² En el reformado art. 49.6° CP se reproduce con significativas modificaciones el contenido del art. 8 RD 690/1996, hoy derogado, que regulaba las circunstancias de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Parece razonable que la regulación del incumplimiento y sus consecuencias se regule por ley orgánica y no en un real decreto. Se acoge así la observación del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre la aplicación del nuevo Código Penal”, en CGPJ, *Estudios, informes y dictámenes. Tomo I*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 90, demandando que este tema se contenga en una norma con rango de ley. Lo que resulta sorprendente es que el real decreto no desarrolle más la cuestión.

³³ Sobre este concepto vid. ampliamente BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo*, cit., pp. 313 ss, que considera justificadas las ausencias producidas por las “causas que, en virtud de nuestra legislación laboral, determinan la incapacidad temporal para realizar el trabajo” y las “que vengan originadas por la estricta necesidad de atender a otras obligaciones”, por ej., cuando colisiona el horario de la pena con el propio de la jornada laboral retribuida del condenado. Se ha atendido la sugerencia de un sector doctrinal (vid. por ej., CID MOLINÉ, J., “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en CID, J./ LARRAURI, E. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 109) en el sentido de que se señalara claramente lo que debe entenderse como un rechazo voluntario al cumplimiento de la sanción, garantizando tanto pautas mínimamente igualitarias como un margen suficiente de flexibilidad.

³⁴ Excede de los límites que me he impuesto en este trabajo un análisis detallado de las causas del incumplimiento. Sobre ellas vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo*, cit., pp. 308 ss, con extensa bibliografía.

libertad, “que recomienda más bien una cierta laxitud en la valoración de las incomparencias”³⁵.

Sigue sin regularse el procedimiento que se ha de seguir para determinar si se ha producido o no un incumplimiento con efectos revocadores. No hay duda de que debe ser un procedimiento contradictorio que obligue a la Administración a probar el incumplimiento y que permita al condenado hacer alegaciones y presentar prueba, además de que la decisión judicial debe ser recurrible, según se exige en los puntos 14.2 y 14.6 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General) y en las reglas 13, 82 y 83 de las Reglas europeas sobre sanciones y medidas no privativas de libertad (Recomendación R(92) 16, de 19 de octubre de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa)³⁶.

Como hemos visto, el art. 49 CP señala que en caso de que aprecie un incumplimiento el juez de vigilancia penitenciaria deberá deducir, además, testimonio por delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP), que alcanza a toda “condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”. Este precepto castiga con pena de multa de doce a veinticuatro meses el quebrantamiento de condena cuando el reo no está privado de libertad.

III. LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A LA TENENCIA Y PORTE DE ARMAS

Como pena principal acumulativa de imposición obligatoria se prevé, en algunos delitos relacionados con la violencia de género, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, lo que parece lógico en vista de la naturaleza violenta de los hechos y de la tendencia estadística a repetirlos. Lo que no parece tan adecuado es que esta pena privativa de derechos sea de imposición obligatoria en los delitos de maltrato de obra sin causar lesión, amenazas leves o coacciones leves, por ej., pero no en el tipo de lesiones del art. 148 CP, que precisamente se agrava por utilización de armas en la agresión.

Cierto que el Juez o Tribunal puede imponer la misma pena, como accesoria, a través del art. 56.1.3º CP, pero estas descoordinaciones legislativas no contribuyen a la claridad. Además, como pena accesoria es de imposición potestativa para el Juez o Tribunal, debiendo determinarse expresamente en la sentencia la relación directa entre el derecho de que se priva al penado y el delito cometido, cuando lo que suele existir no es tanto una relación directa con el delito cometido cuanto el temor a que en el futuro cometa otro delito usando el arma.

En cuanto a la naturaleza jurídica, si seguimos el criterio formal de distinción entre las penas principales y accesorias que se recoge en el art. 54 CP, según el cual “las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo”, estamos ante una pena principal de imposición obligatoria para el juez o tribunal, pues se encuentra expresamente recogida en diversas figuras delictivas de la parte especial. Ahora bien, a diferencia de las penas principales en sentido propio o estricto, que pueden funcionar como acumulativas o alternativas, la que nos ocupa nunca podrá aplicarse al margen de las penas de prisión o de trabajos en

³⁵ Así, BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo*, cit., p. 311. También SANZ MULAS, N., *Alternativas*, cit., pp. 351 y 402-403. Criticaban las previsiones del Real Decreto 690/1996 en lo referente al incumplimiento, entre otros, CID MOLINÉ, J., “El trabajo en beneficio de la comunidad”, en CID, J./LARRAURI, E. (Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, p.115; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre la aplicación”, cit., p. 91.

³⁶ Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo*, cit., p. 322.

beneficio de la comunidad, pues siempre ha de acompañar a una u otra, por lo que en realidad, en mi opinión, más correcto sería calificarla de pena accesoria³⁷. Eso sí, se trataría de una accesoriad que se puede calificar como peculiar o impropia, ya que su duración no se vincula a la de otra pena principal, pues se puede prolongar bastante más allá de ella, lo que la aproxima a una medida de seguridad que se impone en prevención de nuevos delitos aplicable a sujetos imputables, y no se regula en la parte general del Código penal, como es habitual en las penas accesorias por economía legislativa, sino en la parte especial para las concretas figuras delictivas a que se ha hecho referencia.

Tratándose de una pena de imposición obligatoria, no existe otro presupuesto ni criterio de aplicación que la condena por el delito de que se trate.

La duración de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas como pena principal es de un año y un día a tres años en los delitos de malos tratos de obra sin causar lesión, amenazas leves y coacciones leves (arts. 153.1, 171.4 y 172.2 CP), y de dos a cinco años en el delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP).

El hecho de que en los delitos relacionados con la violencia de género en los que se prevé expresamente su imposición obligatoria siempre dure más que la pena de prisión, permite afirmar que esta privación de derechos funciona, en realidad, como una medida de seguridad para sujetos imputables, cuya ejecución se prolonga más allá de la de la pena de prisión.

En lo que respecta al contenido de esta pena, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 47 CP, “la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia”. Evidentemente, el arma de cuya tenencia y porte se priva al penado debe ser una de las que precisan licencia o autorización administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, que aprueba el Reglamento de Armas.

Tratándose de una pena, su incumplimiento se sanciona como delito de quebrantamiento de condena “con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos” (art. 468.1 CP). Podría entenderse que si el quebrantamiento se produce estando el condenado privado de libertad, esto es, en período de ejecución de la pena de prisión, pero disfrutando de un permiso de salida o siendo beneficiario de un tercer grado o de la libertad condicional, se castiga con prisión de seis meses a un año y en otro caso con multa de doce a veinticuatro meses. Ahora bien, parece más correcto afirmar que aun estando el condenado formalmente cumpliendo una pena privativa de libertad, si no se encuentra internado en un centro de cumplimiento en el momento en que quebranta no procede aplicar la pena de prisión, sino la de multa.

Esta posición se adopta en la Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, acerca del alcance del art. 468 CP en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad.

³⁷ El hecho de que se mencione expresamente en la parte especial, incluyendo su posible duración, no es obstáculo para afirmar la accesoriad, pues se trata nada más que de una técnica legislativa distinta de la habitual, donde el legislador o no dice nada, regulándose las penas accesorias en el libro I, o se limita a aludir a la posible aplicación de las penas accesorias contempladas en determinados artículos del libro I, dejando que sean éstos los que recojan las cuestiones relativas al contenido, duración, etc.

IV. LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, TUTELA, CURATELA, GUARDA O ACOGIMIENTO

Los delitos relacionados con la violencia de género incluyen la posibilidad de imponer, “cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz”, y como pena principal de aplicación potestativa, la “inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento” (arts. 153.1, 171.4 y 5, 172.2 y 173.2 primer párrafo CP), con distintas duraciones. La pena puede imponerse en su mitad superior “cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza” (arts. 153.3, 171.5, 172.2 y 173.2 segundo párrafo CP). En algún caso, no en todos, también puede imponerse la pena inferior en grado, “razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho” (arts. 153.4, 171.6 y 172.2 CP).

Estamos ante una pena privativa de derechos (art. 39 b) CP) que puede acompañar, si el juez o tribunal lo estima adecuado al interés del menor o incapaz, a las penas alternativas de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, y en todo caso privación del derecho a la tenencia y porte de armas, que se contemplan en los delitos de lesiones, amenazas, coacciones y contra la integridad moral en caso de violencia de género.

Como hemos visto en relación con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, si seguimos el criterio formal de distinción entre las penas principales y accesorias que se recoge en el art. 54 CP, se trata de una pena principal de imposición potestativa para el juez o tribunal, expresamente recogida en diversas figuras delictivas de la parte especial, que nunca podrá aplicarse al margen de las penas de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, pues siempre ha de acompañar a una u otra, por lo que en realidad, en mi opinión, más correcto sería calificarla de pena accesoria, en el sentido impropio que señalé en su momento.

Tratándose de una pena de imposición potestativa o facultativa, es necesario que el juez o tribunal motive adecuadamente su decisión. El Código penal ofrece como criterio que ha de servir de base para tomar esa decisión que ello resulte “adecuado al interés del menor o incapaz”. En esta materia se ha de partir en todo momento del interés superior del menor, principio general del Derecho³⁸ reconocido tanto a nivel internacional como nacional, que informa la legislación penal juvenil y la normativa protectora de menores.

La Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, señala que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3).

³⁸ Sobre la naturaleza jurídica, vid. ALTAVA LAVALL, M. G., “El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./ TAMARIT SUMALLA, J. M./ GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 366 ss, que opta por la caracterización recogida en el texto.

En este contexto, el interés del menor se entiende como el fin primordial al que debe encaminarse la legislación en orden a adoptar las decisiones que mejor contribuyan a la educación y al desarrollo de su personalidad. Normalmente corresponde al interés del menor que se le mantenga en su familia, y así se reconoce a nivel internacional.

En las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), se dispone que “ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario” (regla 18.2).

Pero éste no es un principio incondicional, sino que su primacía depende de que la permanencia convenga al interés del menor.

En el ámbito internacional, ya hemos visto las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), de acuerdo con las cuales se admite la salvedad de que las circunstancias de su caso lo hagan necesario (regla 18.2)³⁹. Por su parte, en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, tras reconocer que “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa...” (12), se establece que “cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro” (14). En fin, “los gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres, salvo cuando circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijos no dejen otra opción viable” (17).

En lo que respecta a la normativa española, el art. 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera como segundo principio rector de la actuación de los poderes públicos “el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés”. En el marco de la legislación protectora de menores se saca al menor del entorno familiar cuando se encuentra en situación de riesgo o de desamparo, conceptos que no se definen en la ley. Para evitar situaciones de desamparo, la Disposición adicional 2ª del Código penal dispone que “en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, la comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias”, esto es, para que adopten las medidas necesarias en protección del menor afectado.

³⁹ En el comentario se aclara que “la regla 18.2 establece que la separación de los hijos respecto de sus padres sea una medida aplicada como último recurso. Sólo puede recurrirse a ella cuando los hechos que constituyen el caso exigen claramente la adopción de esta grave medida...”.

La duración de estas penas es variada: en los delitos de lesiones no habituales, amenazas leves y coacciones leves, la duración se extiende hasta cinco años, sin indicar un límite inferior. Es posible bajar a la pena inferior en grado en atención a las circunstancias del hecho y del autor. Por el contrario, en el delito de maltrato habitual se establece una duración de uno a cinco años, sin que se admita una atenuación basada en las circunstancias del hecho o del autor. En todos los casos se prevén supuestos agravados, que dan lugar a la imposición de la pena en su mitad superior, en caso de concurrencia de determinadas circunstancias.

No cabe duda de la posibilidad de su aplicación simultánea con la prisión o los trabajos, extendiéndose en el tiempo una vez cumplida la privación de libertad o la pena de trabajos hasta un máximo de cinco años. La extensión concreta debe ser determinada por el juez o tribunal en la sentencia. Transcurrido el período señalado en la sentencia, se recuperan automáticamente los derechos inherentes a la patria potestad⁴⁰, pero no la tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho, que se extinguen definitivamente, aunque el condenado puede recibir un nuevo nombramiento.

El contenido de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento se recoge en el art. 46 CP: “priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El juez o tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso”. Obvio es que se priva de los derechos, pero no de los deberes inherentes a la patria potestad; y en relación a los derechos de tutela, curatela, guarda o acogimiento, supone su extinción, imposibilitando asimismo un nuevo nombramiento durante el tiempo de la condena⁴¹.

El último inciso aclara un tema que fue objeto de debate antes de la reforma operada por la LO 15/2003, referente a si la privación de la patria potestad respecto de uno de los hijos se podía extender a todos los hijos del condenado.

Un sector doctrinal abogaba por entender que la imposición de la pena debía limitarse al hijo o hijos con los que el delito guardaba relación, debiendo precisarse tal extremo en la sentencia⁴², mientras que otro mantenía que podía extenderse a los demás hijos⁴³.

El inciso introducido en la reforma de 2003 permite entender que es posible, en efecto, acordar la privación de la patria potestad en relación a un solo hijo, a varios o a todos,

⁴⁰ Cfr. BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 135. En contra, en el entendimiento de que es necesaria una declaración expresa del juez civil, previa solicitud de parte, para recuperar los derechos inherentes a la patria potestad, VALLDECABRES ORTIZ en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995. Volumen I (Artículos 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 330. Parece que también ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 211, que alude al art. 170 Cc, segundo párrafo, según el cual “los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación”. En mi opinión, este inciso es aplicable cuando la causa es el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

⁴¹ Cfr. BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., p. 135.

⁴² En este sentido, VALLDECABRES ORTIZ en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios*, I, cit., p. 330.

⁴³ Así, BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 114.

aunque el delito no tenga relación directa con todos ellos⁴⁴. Lo decisivo no es tanto que el delito guarde relación con ellos, cuanto si el condenado está o no en condiciones de ejercer correctamente esos derechos, atendiendo al interés superior del menor.

Tratándose de una pena (aquí es irrelevante la discusión acerca de si es principal o accesoria), su incumplimiento se sanciona como delito de quebrantamiento de condena “con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos” (art. 468.1 CP).

⁴⁴ Cfr. BOLDOVA PASAMAR en GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Tratado*, cit., p. 136; MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 235-236.

BIBLIOGRAFÍA NUEVA

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., “Efectos preventivos generales de las penas privativas de libertad ante la violencia de género”, *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales* núm.74, mayo-agosto 2008, pp. 145-160.