



Universidad
de Alcalá

FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

Trabajo de Fin de Máster

“LA VIOLENCIA DE GÉNERO. ASPECTOS PENALES”

AUTOR: DÑA. PAULA ELVIRA GARCÍA
TUTOR: DR. D. CARLOS GARCÍA VALDÉS

ENERO 2018

RESUMEN

El presente trabajo tiene como fin principal realizar un estudio del concepto de violencia de género, así como intentar dar respuestas desde el punto de vista del Derecho Penal a este fenómeno tan presente en nuestra sociedad.

Por un lado, se analiza el origen de este concepto de violencia de género y sus características propias que la diferencian de la violencia doméstica, así como su evolución al entrar en vigor la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. A continuación, se recogerán aquellos preceptos que regulan de algún modo actos o conductas que dan lugar a la violencia de género, su constitucionalidad y los principios de igualdad y no discriminación.

Por último, se analizarán las reformas principales que la LO 1/2015 ha introducido y que afectan al tema de este trabajo, como es la agravante de género (art. 22.4 CP), y se llevará a cabo el desarrollo del concepto de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 CP como consecuencia de incumplir alguna de las medidas del artículo 48.2 CP.

ABSTRACT

The main objective of this work is to make a study about the concept of gender violence and find the answers to fight against this type of violence nowadays, from the point of view of Criminal Law.

In the one hand, it analyzes the origin of gender violence, the characteristics and the differences with domestic violence, as well as the evolution of these concepts and the entry into force of the Organic Law 1/2004, 28 December, about Protection Integral Measures against Gender Violence. Then, it studies the main articles about this type of violence and the conducts or behaviours which produce gender violence, its constitutionality and the equality and not discrimination principles.

Finally, it analyze the main changes that Organic Law 1/2015, has introduced and how affect to gender violence, as aggravating circumstance of gender (art. 22.4 CP), and it develops the breach of a sentence, as a consequence to break a prohibition in the article 48.2 CP.

PALABRAS CLAVE

Agravantes, Constitucionalidad, Género, Igualdad, Ley Orgánica 1/2004, Reforma, Violencia Doméstica, Violencia de género, Prohibición de aproximación, quebrantamiento, consentimiento

KEY WORDS

Aggravating Circumstance, Constitutionality, Gender, Equality, Organic Law 1/2004, Reform, Domestic Violence, Gender violence, prohibition of approaching the victim, breach, consent.

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
RESUMEN	3
ABSTRACT	3
PALABRAS CLAVE	4
KEY WORDS	4
ÍNDICE	5
ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	9
I. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO	11
I.1. Análisis del concepto de violencia de género en el ámbito internacional	11
I.2. Violencia de género y violencia doméstica. Conceptos, sujetos y diferencias .	15
I.3. El principio de igualdad y la constitucionalidad del concepto	21
II. ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO (I): Evolución legislativa de la violencia de género	27
II.1. Regulación anterior a la Ley Orgánica 1/2015	27
II.2. Reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015: La agravante de género del artículo 22.4º CP	34
III. ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO (II): Las agravantes de género en el Código Penal	37
III.1. El delito de lesiones del artículo 148.4º CP	37
III.2. El delito de malos tratos no habituales del artículo 153 CP	42
III.3. El delito de amenazas leves del artículo 171 CP	47
III.4. El delito de coacciones leves del artículo 172 CP	51
IV. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: ART. 468.2 CP EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.....	54
IV.1. Concepto de quebrantamiento de condena	55

IV.2.	Evolución de la regulación del delito de quebrantamiento de condena.	56
IV.3.	Bien jurídico objeto del delito de quebrantamiento.....	59
IV.4.	Medidas y penas de la mujer víctima de violencia de género.....	61
	IV.4.1. Penas accesorias.....	63
	IV.4.2. Medidas cautelares.....	65
IV.5.	La relevancia del consentimiento de la víctima en el delito de quebrantamiento de condena. Análisis jurisprudencial.....	66
CONCLUSIONES		72
BIBLIOGRAFÍA		75
ANEXO JURISPRUDENCIAL		78

LISTA DE ABREVIATURAS

Art./Arts	Artículo o artículos
CE.	Constitución Española
Coord.	Coordinador.
CP	Código Penal
Dir.	Director/a
Edit.	Editorial
Etc.	Etcétera
Et alii	Y otros
FJ	Fundamento Jurídico
Ibídem	En el mismo lugar
Idem	El mismo, lo mismo
LO	Ley Orgánica
LO 1/2004	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género
LO 1/2015	Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
Núm.	Número
Op. Cit.	Obra Citada
Pág/Págs	Página o páginas
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar uno de los temas más controvertidos en la actualidad como lo es la violencia de género, atendiendo a las modificaciones que han tenido lugar en los últimos tiempos como la LO 1/2015. La violencia de género está muy presente en nuestros días, incrementándose el número de víctimas y, más aún, la cantidad de mujeres que acuden a los organismos públicos a pedir ayuda.

Los datos con los que se termina cada año, han provocado que se comience a regular de una forma especializada este tipo de hechos, incorporando las medidas adoptadas en los diferentes textos internacionales, creando de este modo, un conjunto de normas más globalizadas.

Con este trabajo pretendo, en primer lugar, analizar el concepto de violencia de género, cuál es el origen del mismo, cómo ha evolucionado a lo largo de las décadas y en qué ha desembocado para que hoy sea objeto mediático. Asimismo, procederé a definir el concepto de violencia doméstica y de qué manera, la llamada violencia de género, ha ido saliendo de ese concepto generalizado y determinando sus propias características. Para ello, para diferenciar estos dos términos, es necesario analizar sus peculiaridades, es decir, el tipo de conducta que regulan, los sujetos activos y pasivos que forman parte del tipo penal y las consecuencias jurídicas para cada uno de ellos.

Tras analizar el concepto de violencia de género, desarrollaré una de las cuestiones que más críticas ha traído consigo como es la posible vulnerabilidad del principio de igualdad, al establecer determinadas penas cuando la mujer es el sujeto pasivo y el hombre al que estuvo o está unido por una relación de afectividad, es el sujeto activo. Se hará referencia a sí todo ello tiene una justificación por el tipo de conductas que se pretenden castigar o si, por el contrario, se está contraviniendo el principio de igualdad del artículo de nuestra Constitución.

En el siguiente Capítulo, en primer lugar, se realizará un análisis a través de la evolución que los distintos preceptos que ahora regulan las formas agravadas de violencia de género, llegando hasta el día de hoy. Por lo tanto, se llevará a cabo una explicación más o menos detallada de cuáles han sido las reformas más importantes, haciendo especial hincapié en la entrada en vigor en el año 2004, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual introdujo parte de las agravantes por recaer la acción sobre la que “fuere o hubiese sido esposa, o mujer que

estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

Además, se analizará una de las circunstancias agravantes recogida en el artículo 22.4 CP, como es la agravante por razones de género, la cual fue introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, así como otras medidas afectantes en materia de violencia de género como son la posibilidad de imponer la pena de libertad vigilada en los preceptos que así lo indiquen en su redacción como en el caso del maltrato habitual del artículo 173 CP o las medidas recogidas en el artículo 48 CP cuando la víctima sea la mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una relación de afectividad aun sin convivencia, en los términos establecidos en la LO 1/2004.

Tras ello, se llevará a cabo un análisis de aquellos preceptos que de alguna manera regulan, en parte de su texto, determinadas conductas y consecuencias jurídicas cuando se producen contra la mujer o sobre sujetos especialmente vulnerables, en el ámbito doméstico la mayoría, pero también en otros ámbitos más públicos. Los artículos analizados serán los relacionados con las lesiones agravadas por razón del sujeto pasivo sobre el que se producen (art. 148.4º CP), como tipo agravado al artículo anterior básico de lesiones. Asimismo, el delito de maltrato habitual sin llegar a causar lesión del artículo 153 CP y el delito de amenazas y coacciones leves (art. 171 y 172 CP).

En la última parte del trabajo, se procederá a exponer si todas las medidas y penas impuestos por la producción de actos relacionados con la violencia de género se cumplen o se produce el llamado quebrantamiento de condena regulado en el artículo 468.2 CP, Asimismo, se diferenciará entre vulneración de medida cautelar o de pena accesoria, y si ha entrado en juego el consentimiento de la víctima, así como se interpreta la responsabilidad penal en este tipo de hechos.

Respecto a las causas por la que comencé a desarrollar este tema se encuentra el incremento del número de casos de muertes de mujeres a manos de sus parejas que día tras día se nos muestran en la sociedad, así como el interés por buscar las respuestas que el Derecho Penal da para combatir este tipo de violencia.

I. EL CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

1.1. Análisis del concepto de violencia de género en el ámbito internacional.

El término violencia de género es un concepto relativamente nuevo que entra a formar parte en el vocabulario jurídico de nuestro país con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que fue el primer texto normativo que reguló la violencia de género con carácter primordial.

El concepto de violencia de género proviene del vocablo anglosajón “*gender violence*”. Es, por tanto, un *anglicismo*. Así, al traducir equívocamente¹ el concepto de los diversos textos normativos donde aparecía, se llevó a cabo una transcripción literal. Y es que la palabra “*gender*” equivale en nuestro vocabulario a “sexo”, y no con la palabra “género”. Por ello “*gender*” se traducirá como sexo cuando se haga referencia al sexo al que pertenecen los seres vivos como condición biológica, mientras que se entenderá como género con referencia a los sustantivos, si son femeninos o masculinos.² RODRÍGUEZ ADRADOS ha llegado decir que es un “*anglicismo insidioso*”, y que se está haciendo de este término un “*uso anómalo, ambiguo y contradictorio de género*” “*ya que los errores de traducción del inglés son [...] imposibles de eliminar*”.

Asimismo, el género es un término utilizado para referirse al sexo desde su dimensión social y política, lo cual preestablece unas prescripciones normativas donde la mujer siempre ha desempeñado un papel de madre y esposa en el ámbito privado-doméstico.³ Sin embargo, el concepto de género es dinámico y varía con el paso del tiempo debido a la capacidad de las mujeres para enfrentarse a los problemas que surgen en la sociedad y lo llevan a cabo a través de sus reivindicaciones políticas.

¹ La RAE, en su informe de 19 de mayo de 2004 insiste en que además la expresión “impacto por razón de género” se sustituyera por la de “impacto por razón de sexo”, en la línea con lo que la Constitución establece en su Artículo 14 al hablar de la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo... Cuando analiza la conveniencia del uso de la palabra “género” en español concluye que las palabras tienen género (y no sexo), mientras que los seres vivos tienen sexo (y no género) y que en español no existe tradición de uso de la palabra “género” como sinónimo de “sexo”.

² BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. “La violencia de género: aspectos penales y procesales” Editorial Comares, Granada, 2007, página 31.

³ LAURENZO, P; MAQUEDA, M^oL; RUBIO, A; “Género, violencia y derecho” Editorial Tirant lo Blanch, 2008, página 54

Ese concepto de “*gender violence*” apareció por primera vez en el Congreso sobre la Mujer de las Naciones Unidas que tuvo lugar en Pekín en 1995. En esta Conferencia se da una primera definición del concepto, entendiendo por violencia de género aquella que se ejerce sobre las mujeres por el simple hecho de serlo⁴. Durante la celebración del Congreso, se crea una *Plataforma de Acción* para comenzar a combatir este tipo de violencia y se extiende la definición básica dada, quedando finalmente definida como: “*todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico incluidas las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la ida pública o privada*”.⁵ Asimismo, junto con esta Conferencia Mundial, son numerosos los tratados y textos normativos internacionales los que se han hecho eco de este novedoso concepto de violencia de género y han comenzado a poner en marcha medidas para combatir estos actos sobre las mujeres.

Anteriormente, a esta Conferencia de Pekín, se celebraron otras que abogaban por los derechos sociales de las mujeres y estaban dirigidas a alcanzar una igualdad plena entre hombres y mujeres. Así, encontramos la Conferencia de México en 1975 por la igualdad jurídica, la celebrada en Copenhague en 1980 por la lucha de derechos en educación, salud y trabajo o la que tuvo lugar en Nairobi en 1985 en torno a la igualdad y desarrollo, y que tenía como tema clave la violencia sexual.⁶

Todo ello en relación con las Conferencias celebradas, pero también encontramos la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, recogida en el Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre que da, también, una definición de violencia contra mujer, entendiendo por ésta aquellos actos violentos por el mero hecho de ser mujer que desemboque en un resultado dañino ya sea físico, psíquico o sexual, incluyendo los actos anteriores que hagan entender que se van a producir, coartando la libertad de la mujer, tanto en un ámbito privado como público.⁷ Otras declaraciones

⁴ IV Conferencia Mundial de Pekín de 1995; “*aquella que se ejerce en contra de las mujeres por el mero hecho de ser mujeres*”.

⁵ GORJÓN BARRANCO, M.C; “*La tipificación del género en el ámbito penal: una revisión crítica a la regulación actual*” Editorial Iustel, 1ª Edición 2013, pág 59.

⁶ *Ibídem*.

⁷ Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, recogida en el Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre. Artículo 1: “*por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado*

anteriores a ésta, que también ayudaron en la lucha para combatir este tipo de violencia, son la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de diciembre de 1952, o la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de Nueva York, de diciembre de 1979. Cabría destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 9 de junio de 1994 donde en su artículo primero se define la violencia de género como “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”, haciéndose eco de las definiciones recogidas en anteriores textos internacionales.

A nivel nacional, el texto normativo clave a partir del cual el concepto de violencia de género comenzó a ser conocido por la sociedad y a aparecer en los medios de comunicación, es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LO 1/2004), la cual contiene un sinnúmero de medidas preventivas, educativas, sociales y asistenciales⁸, a fin de erradicar la violencia de género. Es, por tanto, una ley que recoge tanto lo contenido en los textos internacionales citados anteriormente, como lo surgido de la evolución y las reformas que años atrás se llevaron a cabo y que, de cierta manera, dieron lugar a esta regulación actualmente vigente.

Es el artículo primero de este texto, el que define la violencia de género y añade que, atendiendo a las situaciones de discriminación y desigualdad que se suceden habitualmente, así como las relaciones de poder de los hombres hacia las mujeres, es necesario luchar contra ellas, independientemente de la relación afectiva que exista entre ambos, si hay o no convivencia o si esa relación es actual o pasada. Esto es, el objeto principal de esta Ley es actuar contra la violencia que cumple estas condiciones o estas características.⁹ Es, en definitiva, aquel tipo de violencia que se dirige contra las mujeres por el simple motivo de

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.

⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, P en NÚÑEZ CASTAÑO, E (Dir.) et alii; “*Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*”, Edit. Tirant lo Blanch, 2009, página 25.

⁹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 1.1: “*La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*”

serlo. Vale la pena indagar y buscar el origen de esta violencia, en qué momento las mujeres empezaron a sufrir esta discriminación, si ha existido desde siempre y cuáles son las vías para erradicarla. La Exposición de Motivos de la LO 1/2004 se dedica a analizar todas estas causas, para que, tras conocerlas se pueda empezar a buscar esas formas de atacarla y combatirla.

Por último, el texto internacional más reciente al que quiero hacer referencia es el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. En este documento internacional se amplía de cierta manera el concepto de violencia de género dado en otros textos tanto nacionales como europeos.

De esta manera, se define la violencia de género como *“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer”*. Y añade que es aquella que afecta únicamente al sexo femenino por el simple hecho de ser mujer y describe esa violencia como desproporcionada y brutal.¹⁰ En el preámbulo de este texto normativo, se pone de manifiesto que esta violencia deriva del desequilibrio histórico que siempre ha existido entre los hombres y las mujeres y el cual ha llevado a los primeros a ostentar un poder o dominación hacia las segundas, ampliando las diferencias entre ambos y provocando una brecha de discriminación, afectando negativamente a la mujer y creando ciertas situaciones de violencia a causa de la misma. Es el artículo 3.a del Convenio el que desarrolla de forma más contundente el concepto, incluyendo actos físicos, psíquicos, sexuales o de carácter económico, privación de la libertad, tanto en el ámbito del hogar como en lugares públicos y siempre que sea por razones de control o dominación en base al sexo o género de la víctima.

En conclusión, la violencia de género se ha convertido en un hecho conocido internacionalmente y el desarrollo de los numerosos textos normativos internacionales anteriormente analizados da fe de ello, ya que, aunque los conceptos están definidos de

¹⁰ Artículo 3.d del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, de 11 de mayo de 2011: *“por violencia contra las mujeres por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”*.

forma algo diferenciada, todos ellos tienen caracteres comunes que ayudan a la creación de medidas para luchar contra este tipo de violencia tan brutal.

1.2. Violencia de género y violencia doméstica. Conceptos, sujetos y diferencias.

Tras analizar de manera breve el origen del término objeto de este trabajo, tanto textos nacionales como internacionales coinciden en que la violencia de género o violencia contra la mujer es un tipo de discriminación que es necesario corregir y eliminar de la sociedad.¹¹ Y que, como GORJÓN BARRANCO establece “*género, sociedad y violencia se entrelazan para dar origen al fenómeno de la violencia contra la mujer*”.

Como ya he explicado anteriormente, el concepto de violencia de género es relativamente nuevo, por lo que antes de introducirlo de manera jurídica en nuestro país todos los actos que englobamos dentro de la misma se consideraban violencia doméstica o violencia intrafamiliar o en la familia. Por ello, sí ha llegado un momento como el presente en el que ha sido necesario extraer los actos de violencia de género de este grupo y regularlos de forma individual, ya sea por la importancia que estos hechos revisten, por el incremento del número de casos ocurridos o por el constante análisis de las causas y consecuencias que rodean este tipo de acontecimientos.

En multitud de obras jurídicas, la violencia de género se considera un subgrupo de la violencia doméstica, junto con la violencia contra las mujeres y la violencia contra las personas especialmente vulnerables.¹² Sin embargo, violencia doméstica y violencia de género hacen referencia a dos realidades diferentes, lo que no quiere decir que en ciertas ocasiones puedan conectarse o lleguen a compartir alguna característica.¹³ Por ello, no siempre que un hombre agrede a una mujer hablamos de violencia de género ni siempre que no sea la mujer el sujeto pasivo estamos ante un caso de violencia doméstica. Asimismo, ni “*todos los supuestos de violencia doméstica [tienen que tener] dicho componente de*

¹¹ GORJÓN BARRANCO, M.C; Op. Cit, pág 42.

¹² RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A, (Coord), et alii; “*Violencia en la familia. Estudio multidisciplinar*”. Edit. Dykinson, 2010, pág 169.

¹³ VILLACAMPA ESTIARTE, C (Coord) “*Violencia de género y sistema de justicia penal*”. Edit Tirant lo Blanch, Monografías; 2008, página 33

*discriminación o menosprecio al género, ni todos los supuestos de violencia de género [deben] producirse en el seno de la familia”.*¹⁴

A pesar de esto, se puede definir la violencia doméstica como cualquier tipo de acción física, psíquica, sexual o patrimonial,¹⁵ que tenga lugar en la vivienda familiar y que en esos actos se utilicen diversos instrumentos con los que valerse para llevarla a cabo. Es, por tanto, un concepto un tanto amplio e indeterminado, pudiendo englobar la mayoría de acciones violentas que se producen en el hogar familiar y todos aquellos sujetos que, además de la mujer, convivan con el agresor, como niños, ancianos o incapacitados.

La jurisprudencia española, entiende por violencia doméstica aquel conjunto de actos (también omisiones) que se producen contra alguno de los miembros del ente familiar, dando lugar a situaciones violentas o tensas en el ámbito doméstico,¹⁶ sin llegar a conocer si las acciones entendidas como violencia de género se encuentran dentro de este concepto o, por el contrario, quedan fuera de la definición.

Sin embargo, la violencia de género o violencia sobre las mujeres va más allá, ya que a tenor de lo previsto en la LO 1/2004, es “*una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*” que han sufrido éstas últimas desde siempre por el mero hecho de ser mujeres,¹⁷ por sus parejas actuales o pasadas, habiendo o no convivencia. Por lo tanto, no es lo mismo, violencia de género que violencia doméstica, ya que “*una apunta a la mujer y otra apunta a la familia como sujetos de referencia*”¹⁸.

Tampoco se puede equiparar la violencia de género con la violencia contra la mujer en sentido amplio, ya que, aunque este último tipo de violencia comparte ciertas manifestaciones con la primera, la violencia de género tiene su origen en la desigualdad

¹⁴ Idem

¹⁵ Idem

¹⁶ STS NÚMERO 1159/2005, de 10 de octubre, recurso de casación 2295/2004, FJ 4º

¹⁷ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: “*una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo*”.

¹⁸ MAQUEDA ABREU, M.L; “*La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*”, en *RECPC*, núm 8, 2006, p.4

estructural entre hombres y mujeres,¹⁹ rasgo que seguramente sea la clave para diferenciar estos dos conceptos. Es, por tanto, una forma de violencia que recibe un determinado género, en este caso el femenino, “*a causa del rol que culturalmente le ha sido atribuido*”.

Sin embargo, aunque el objetivo que persiguen es diferente, en muchas ocasiones la mujer se encuentra en una posición de subordinación ante su pareja, y su capacidad de actuación y de enfrentar la situación disminuye y entonces sí podríamos equiparar la posición en la que se encuentra la mujer con el lugar que ocupan el resto de miembros del hogar familiar (menores, ancianos, discapacitados u otras personas especialmente vulnerables).

Lo que ocurre es que es precisamente esta equiparación la que se debe evitar o la que pretende eliminar la amplia regulación normativa que se está llevando a cabo. Y esto es así porque, si reducimos la violencia sobre esa mujer al ámbito solamente familiar o privado, no ayudamos a que este problema de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres aun existente disminuya o sea visible para la sociedad, ya que lo rebajamos a la existencia de un simple maltrato en el ámbito familiar, evitando que se desarrollen las medidas concretas necesarias para combatir este tipo de violencia.²⁰ Esto es lo que ocurría antes de que se produjese este salto conceptual, tanto de manera cualitativa como cuantitativa,²¹ ya que en aquel momento las relaciones de pareja se consideraban ámbito privado y, por ello, todos los actos que se produjesen el hogar hacia la mujer por parte de su pareja no interesaban a la sociedad y se reconocían dentro de la violencia doméstica o intrafamiliar.

A través de esta conceptualización de la violencia de género, se está produciendo una apertura de este fenómeno, se está consiguiendo que este hecho gane autonomía fuera de la violencia doméstica, situando el origen en la relación desigual que siempre ha existido entre ambos sexos.²² Se está logrando, por tanto, que estos hechos tengan una mayor repercusión

¹⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, C (Coord); Op. Cit. Página 32

²⁰ Idem. P.5

²¹ LAURENZO COPELLO, P; “*La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07/08, 2005, pg 15

²² MARUGÁN, B; “*La violencia de género*” Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad N° 4, marzo – agosto 2013, pp. 231 ISSN 2253-6655

social y que se busquen soluciones desde los distintos sectores de la sociedad. Estamos, en definitiva, ante un problema social complejo,²³ que solo puede resolverse haciendo uso de los numerosos instrumentos sociales y jurídicos de los que se vale el Estado.

Los bienes jurídicos en juego son propios de la mujer como sujeto y no de la familia en su conjunto. Lo que pretende la regulación legislativa de la violencia de género como un problema social que hay que solucionar, es advertir que esos actos violentos contra las mujeres atacan a bienes jurídicos individuales como son la vida, la integridad física y moral, la libertad y la dignidad de la mujer.

Las definiciones aportadas recogen una idea común que se observa en los casos de violencia de género. Ésta se produce únicamente hacia el sujeto pasivo mujer y por causas ajenas a la misma. Esto es, esta violencia está muy unida al machismo existente todavía en nuestra sociedad y que muchos hombres imponen dentro de las relaciones sentimentales.²⁴ Se podría decir, por tanto, que la existencia de estos actos se atribuye a factores meramente individuales o percibidos en diversos sujetos, ya sean hombres o mujeres.

En definitiva, son las mujeres las que sufren este tipo de violencia, pero no ya por los rasgos físicos o biológicos que las diferencian de los varones, ²⁵”sino por los roles subordinados que le asigna la sociedad patriarcal”.

De esta forma, se puede hablar de que el principal fundamento al indagar en el origen de la violencia machista es el género, y no una cuestión de carácter doméstico o biológico;²⁶ es algo más bien cultural o social que biológico. Así que ese origen es una estructura social enmarcado dentro de un sistema patriarcal en el que convivimos en un pasado y parece que lo hacemos ahora también, causado por “una situación de discriminación intemporal”; no es un tipo de violencia que se produzca de manera

²³ GALÁN MUÑOZ, A en NÚÑEZ CASTAÑO, E (Dir.); Op. Cit. página 50.

²⁴ LAURENZO COPELLO, P (Coord.) y otros autores; “La violencia de género en la Ley” Editorial Dykinson, 2010, pág 18.

²⁵ Idem

²⁶ MAQUEDA ABREU, M.L; Op. Cit.

individual en el ámbito privado²⁷ y tampoco son las diferencias entre hombres y mujeres la razón de ese enfrentamiento que conlleva la existencia de estos hechos violentos.

Sin embargo, no se puede eludir una pregunta, y es que parece ser que siempre o la mayoría de ocasiones se produce sobre las mujeres, por lo que, en definitiva, la única solución posible a estos interrogantes, se puede encontrar en razones estructurales dentro de la sociedad. Es un factor social, *“una situación de opresión de las mujeres en la estructura social del patriarcado que las convierte en blanco de discriminación tanto en el ámbito público como en su vida privada.”*²⁸

Continuando con los sujetos, parece que admitir que son las mujeres los sujetos pasivos de esta violencia derivada de los roles ocupados en la sociedad por hombres y mujeres, ha potenciado que se regule de una forma más desarrollada este tipo de violencia. Son numerosos los preceptos (que más adelante explicaré) los que contienen la fórmula *“la mujer, esposa o pareja, ex-cónyuge, ex-conviviente o ex-pareja”*, excluyendo otros sujetos especialmente vulnerables.

La relación de subordinación existente entre el hombre y aquella y entre el hombre y éstos últimos es clara: sobre otros sujetos que no sean la mujer, la relación de dependencia es legal o natural (la patria potestad, tutela, curatela...) mientras que en la mujer no existe esa dependencia y es el varón el que, por medio de sus actos violentos, persigue alcanzarla, intentando lograr una relación de sumisión o subordinación.²⁹ No existen razones ni jurídicas ni naturales que la sitúen en una posición de dependencia respecto del hombre, ya que es la propia Constitución la que establece en su artículo 14 CE, la igualdad entre ambos.³⁰ No se deben, por tanto, ignorar sus características propias ya que son éstas las que permiten defender su singularidad con respecto a la violencia recibida por sus parejas, independientemente de la relación que mantuvieran o de qué manera la estuvieran llevando

²⁷ MAQUEDA ABREU, M.L; Op. Cit.

²⁸ Idem

²⁹ FARALDO CABANA, P; *“Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”* Revista Penal nº17, 2006, pág 72 y ss

³⁰ Asúa Batarrita, Los nuevos delitos de “violencia doméstica” tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en Cuadernos Penales José María Lidón, “Las recientes reformas penales: algunas cuestiones”, Bilbao, 2004, pp. 218 y s.

a cabo, si aquella era reciente o pasada, o si había convivencia o no, aunque se pudiera asemejar a otras relaciones familiares.

De otro lado, con respecto a quiénes pueden ser los sujetos activos, los agresores, parece claro que debe ser un hombre³¹, ya que este tipo de situaciones se produce en el seno de una relación de pareja cualquiera que sea el tipo de ésta. SERRANO CASTRO, establece que ese acto violento se encuentra protegido por la ley cuando provenga de sus parejas, “*hombres en todo caso*”, no solo en una situación de discriminación, situación de desigualdad o relación de poder sino porque ese acto de violencia siempre es manifestación de ello. Así lo prevé, también, la LO 1/2004 en su artículo 1.1 donde se pretende dar protección a aquellas mujeres que reciben agresiones por parte de sus cónyuges o que hayan estado ligados a ellas por relaciones afines. Se habla, por tanto, de una discriminación positiva hacia la mujer que continúa siendo objeto de numerosos debates; una discriminación que podría llegar a considerarse legítima si en todas las relaciones de pareja, existiese una situación de desigualdad o relación de poder del hombre sobre la mujer producida por el mero hecho de serlo.

¿Qué ocurre entonces cuando nos encontramos ante una pareja homosexual? La Ley y los diversos textos normativos dan por hecho que el sujeto activo tiene que ser un hombre y el sujeto pasivo una mujer, como condición indispensable para hablar de violencia de género, la cual es muy discutible. Pero cuando son dos hombres o dos mujeres los componentes de la relación afectiva, ¿podemos seguir hablando de violencia de género o en caso de que haya actos de violencia de uno contra el otra, continuamos dentro de la violencia doméstica?

Los numerosos preceptos del Código Penal, se expresan de manera indistinta con la partícula “el que”, que denota neutralidad y no refiriéndose únicamente a los hombres como sujetos activos³², por lo que la mujer también podría encajar en la figura de la agresora, siempre y cuando la víctima sea también mujer,³³ y todo ello a raíz de la aprobación de la normativa sobre matrimonios homosexuales en el año 2005, cuando este tipo de parejas

³¹ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J (Coord); *Op. Cit. Página 35*

³² STS 59/2008, de 14 de mayo de 2008, Fundamento Jurídico 4º

³³ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J en RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A (Coord.) y otros autores; *Op. Cit, página 212*

adquieren la misma “legalidad” que las heterosexuales. La Sentencia 219/2009, de 20 de abril de 2009, del Juzgado de lo Penal de Santander, entiende que se debería modificar la redacción de los preceptos referentes a este tipo de violencia, para poder aplicarlos a los diferentes casos de parejas que se vayan sucediendo.³⁴

Sin embargo, cuando la pareja está formada por dos hombres la perspectiva cambia. En este caso, estos hechos violentos quedarían fuera de las agravantes de género, al no ser el sujeto pasivo una mujer.³⁵ No obstante, existen autores que encajarían este tipo de violencia en una relación homosexual entre hombres como violencia doméstica, introduciendo a la víctima en la numeración de *sujetos especialmente vulnerables* recogida en varios preceptos del CP.

Para terminar, existen críticas respecto a la inclusión de que las parejas formadas por dos hombres o por dos mujeres donde se produzcan actos violentos perfectamente ajustables en el fenómeno de la violencia de género, puedan serlo realmente; y es que una de las principales causas por las que se puso en funcionamiento toda esta normativa es la discriminación que las mujeres llevan sufriendo desde hace años enmarcada dentro la sociedad patriarcal, fruto de las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.³⁶ Así, no parece que entre ese tipo de parejas quede probado suficientemente que existan esas relaciones de subordinación o dominación de uno sobre el otro.

1.3. El principio de igualdad y la constitucionalidad del concepto.

La introducción del concepto de violencia de género y la promulgación de diversos textos normativos, en especial la LO 1/2004, han posibilitado la aparición de ciertos sectores

³⁴ Sentencia del Juzgado de lo Penal de Santander, 219/2009, de 20 de abril de 2009: “no se castiga sólo al varón, sino que se puede castigar también a la mujer, y es por ello que las relaciones mujer-mujer caben plenamente dentro de estos tipos penales. No se castiga solo al varón, no se protege a la mujer en mayúsculas”.

³⁵ GORJÓN BARRANCO, M^oC; Op. Cit. Pág 92

³⁶ LORENTE ACOSTA establece que “es un error considerar violencia de género la agresión entre mujeres”, El País, 12 de junio de 2009

en la sociedad que se muestran críticos con las medidas recogidas en aquéllos y las reformas que se han visto reflejadas en nuestro Código Penal.

El análisis y la puesta en marcha de estos mecanismos han propiciado que se ponga en duda si ciertos preceptos penales se adecúan a nuestro texto constitucional, con especial relevancia en el artículo 14 CE ³⁷, el cual hace referencia al principio de igualdad y a la prohibición de discriminación, ³⁸ y el artículo 9.2 CE, el cual impone a los poderes públicos una actuación para remover los obstáculos que dificultan que la igualdad sea real y efectiva entre todos los ciudadanos.³⁹

Por otro lado, todo este asunto ha motivado un gran número de cuestiones de inconstitucionalidad cuyo fundamento principal era que la nueva regulación en materia de violencia de género incluía una discriminación positiva para la mujer únicamente basándose en razones de sexo, produciendo para el hombre una discriminación negativa⁴⁰ que para muchos autores resulta indebida.

Para empezar, conviene aclarar de manera breve el contenido y alcance de este principio de igualdad. Se puede partir de la definición aristotélica o *tertium comparationis*; tratar de manera igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales⁴¹. Se produciría, por tanto, discriminación cuando se trata igual a los desiguales y de manera desigual a los iguales. Sin embargo, en el caso de la violencia de género, la violencia que se produce es la forma de discriminación, por lo que ésta “*deja de ser una cuestión de trato y se convierte en una cuestión de status*”.⁴²

³⁷ Artículo 14 CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*”

³⁸ LAURENZO COPELLO, P; “La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07/08, 2005, pg 11

³⁹ Artículo 9.2 CE: “*2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

⁴⁰ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J; “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 12/05, 2010, pg 7

⁴¹ LAURENZO, P, MAQUEDA, M.M Y RUBIO.A; “*Género, violencia y derecho*”, Tirant lo Blanch, Valencia 2008, página 31.

⁴² *Ibidem* pg 33

Este principio de igualdad se clasifica en dos vertientes: por una parte, en una igualdad básica o formal y, por otra, en una igualdad material o específica.⁴³ La primera de ellas se basa en el fundamento de que todos somos iguales ante la ley y que nadie puede sufrir un trato desigual. Sin embargo, puede llegar a aplicarse el principio de igualdad recogido en el artículo 14 desde otra perspectiva, es decir, otorgar un trato “*materialmente desigual*” a aquéllos que ostentan ciertas cualidades por las que son discriminados, como pudieran ser las mujeres en el tema que se expone. En éste último caso, se estaría dando un trato discriminatorio justificado,⁴⁴ basado en la subordinación que la mujer sufre en el seno de una relación de pareja y derivada de las relaciones patriarcales, tanto en el ámbito social como en el ámbito político. Se puede decir, que la Ley Integral sitúa las diferencias entre hombres y mujeres, así como la igualdad, en el ámbito de las relaciones entre éstos y la subordinación de los primeros sobre los segundos.

Con respecto a este trato discriminatorio y su aplicabilidad en el Derecho Penal, hay autores que defienden que las normas recogidas en la LO 1/2004, deben ser tratadas como discriminaciones positivas para la mujer, mientras que otros sectores las clasifican como acciones positivas, y otros más críticos, como “presuntas discriminaciones positivas”.⁴⁵ Las primeras pueden ser definidas como aquellas que otorgan un trato de favor a un determinado grupo social, las mujeres en este caso, por sufrir un trato desigual o discriminatorio, y las acciones positivas dice RIADURA MARTÍNEZ, se concretan “*en medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre hombres y mujeres y que tratan de favorecer a las mujeres, sin que, simultáneamente, perjudiquen a los hombres que están en situación similar*”.⁴⁶

Como he dicho, respecto a la naturaleza de estas medidas, surgen varias posiciones dentro de la doctrina; aquéllas que defienden la constitucionalidad de la Ley Integral y por tanto consideran las medidas como discriminaciones positivas y aquéllas que tachan la LO 1/2004 de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad, considerando tales medidas como acciones negativas perjudiciales para el hombre. Asimismo, ha existido

⁴³ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J; Op. Cit. Página 36 y 37.

⁴⁴ GORJÓN BARRANCO, M^ºC; Op. Cit página 265

⁴⁵ Idem, página 269

⁴⁶ RIADURA MARTÍNEZ, M.J en GORJÓN BARRANCO, M^ºC, Op. Cit, página 268

mucha polémica entre acción positiva y discriminación positiva o, dicho de otro modo, entre Derecho Penal de la víctima y Derecho Penal de Autor.⁴⁷

Los sectores que defienden la legalidad del citado texto normativo y su conveniencia del mismo se apoyan en el concepto de discriminación positiva y en el artículo 9.2 CE⁴⁸ como el precepto que permite a los poderes públicos la aplicabilidad de las medidas de la Ley Integral para eliminar los obstáculos para lograr la igualdad entre todos los ciudadanos.⁴⁹ El reconocimiento de esta discriminación positiva permite alcanzar, paulatinamente y en la medida de lo posible, esa igualdad formal de la que hablaba anteriormente, por lo que no afirmar la existencia de esa discriminación en favor de las mujeres “*no se puede entender como una vulneración del principio de igualdad, sino [...] como una aplicación rigurosa de dicho principio*”⁵⁰ para que en la práctica pueda alcanzarse la mayor igualdad práctica entre hombres y mujeres.

El Tribunal Constitucional ha reconocido en varias de sus resoluciones que “*el establecimiento de esas medidas reequilibradoras de situaciones discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer*” (STC 229/1992),⁵¹ no vulnera el principio de igualdad, ya que nos encontramos ante situaciones distintas que requieren un trato diferente. De manera similar lo ha admitido en la STC 128/1987, de 16 de julio,⁵² donde se establece que no será vulnerado el principio de igualdad cuando se otorgue un trato favorable a un determinado

⁴⁷ LAURENZO COPELLO, P (Coord); “*La violencia de género en la Ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*” Editorial Dykinson. Madrid, 2010, página 216

⁴⁸ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J; Op. Cit. Página 36

⁴⁹ MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte especial*” 18ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ STC 229/1992, de 14 de diciembre de 1992, Fundamento Jurídico 2

⁵² STC 128/1987, de 16 de julio de 1987, Fundamento Jurídico 7: “*La actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.*”

grupo social definido por su sexo o condición femenina, ya que éste se encuentra en situación desventajosa por costumbres existentes en la sociedad y de difícil erradicación.

Como he dicho, muchas son las cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas ante el Tribunal Constitucional y que, en su mayoría, han sido desestimadas, como en la STC 41/2010, de 22 de julio, donde se establece que *“la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas [...] de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”*.

Asimismo, la conocida STC 59/2008, de 14 de mayo en su Fundamento Jurídico último, recoge que la diferencia de trato punitivo entre los hombres y las mujeres en los preceptos modificados por la LO 1/2004, es legítima en base a los bienes jurídicos afectados de ese grupo necesitado de mayor protección por la situación en la que se encuentran.⁵³

Sin embargo, existen ciertas posiciones dentro de la doctrina que son críticos con esta discriminación positiva supuestamente contenida dentro de las medidas de la Ley Integral. Este tipo de discriminación persigue acercar a una posición de igualdad a aquel grupo que por distintos motivos está en desventaja pero las medidas de las que hablo perjudican al hombre⁵⁴ como supuesto grupo no discriminado, siendo irrazonables y más graves las penas cuando es un hombre el que realiza las conductas tipificadas.

De esta forma, el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de la Ley Integral contra la Violencia de Género, defiende que no deben generalizarse estos comportamientos, ya que, aunque son las mujeres las que en su mayoría se encuentran sometidas a esas relaciones de subordinación con respecto a sus parejas masculinas,

⁵³ STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 12: *“La diferencia remanente no infringe el art. 14 CE [...], porque se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas. Se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidos”*.

⁵⁴ BOLEA BARDÓN, C; *“En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología ISSN 1695-0194, 09-02, 2007, página 02:24

existirán casos concretos en los que sea a la inversa.⁵⁵ El citado Informe ⁵⁶deja claro que tales medidas son totalmente legítimas mientras se reconozca la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural, derivada del patriarcado; solo en caso de negar la existencia de esa estructura social que discrimina a las mujeres, y presumir la igualdad total entre hombres y mujeres, tendrá sentido criticar la inconstitucionalidad de las medidas recogidas en la LO1/2004, por no respetar el principio de igualdad y prohibición de discriminación recogido nuestra Constitución (art. 14 CE).

Por lo tanto, el único rasgo distintivo entre ambos casos sería el factor cuantitativo, ⁵⁷el mayor número de casos en que es la mujer la que sufre la violencia. Entonces, aunque es cierto que violencia de la mujer al hombre se produce, las agravantes recogidas en la Ley Integral contra la Violencia de Género no vulneran ningún precepto constitucional. Es una decisión político-criminal. Y no lo hacen porque castigar más los actos del hombre a la mujer que otros, sino que con tales subtipos agravados se pretende dar a conocer y penar de una manera más severa, este tipo de violencia que está muy presente en la sociedad derivada de los roles que los hombres y las mujeres han tenido históricamente, de la estructura social y de la cultura del patriarcado. Por ello, para que se dudará de la inconstitucionalidad de tales medidas agravadas, debería existir en la sociedad un grupo de sujetos que compartieran las mismas características que las mujeres para ser incluidos en el mismo grupo de sujetos pasivos que la LO 1/2004 pretende proteger.

Para acabar, aunque el Tribunal Constitucional ha defendido de forma generalizada la no vulneración del principio de igualdad, advierte de que en ocasiones la violencia del hombre hacia la mujer no siempre se produce con objeto de desigualdad, que no se inspira en un ánimo machista y que en caso de caer en esta generalidad, se estaría retrocediendo al Derecho Penal de autor prohibido por el Estado de Derecho y se vulneraría el principio de culpabilidad, presuponiendo desde un principio la responsabilidad del hombre.

⁵⁵ LAURENZO COPELLO, P; *“La violencia de género en la ley integral”*, Op. Cit. Página 08:15

⁵⁶ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer

⁵⁷ LAURENZO COPELLO, P; Op. Cit. 08:15

II. ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO (I): Evolución legislativa de la violencia de género.

Como ya he dicho, el concepto de violencia de género es relativamente nuevo. Sin embargo, sí existía la violencia doméstica o intrafamiliar y a partir de los textos normativos que la regulaban se puede ir viendo la evolución hasta la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que fue la primera en entrar a regular de forma particular los actos relacionados con la violencia de género.

II.1. Regulación anterior a la Ley Orgánica 1/2015

Muchos son los textos normativos que comenzaron a regular la violencia doméstica y a introducir dentro de su articulado aclaraciones sobre si la violencia se producía sobre la mujer y teniendo en cuenta la relación entre víctima y autor y el lugar dónde aquella se llevaba a cabo.

Por empezar de algún modo, la protección penal de las mujeres frente a la violencia ejercida en el ámbito privado fue regulada en la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio (texto refundido de 1973), introduciendo el delito de malos tratos en el artículo 425 del anterior Código Penal.⁵⁸ Este precepto quedó redactado de la siguiente forma: *“el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”*, la cual consistía en la privación de libertad de un mes y un día a seis meses.

Este artículo fue valorado de manera muy positiva⁵⁹ por la doctrina en general y fue incluido en la reforma del Código Penal de 1995. Quedó redactado de forma muy similar a

⁵⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, P; en NÚÑEZ CASTAÑO, E (Directora) y otros autores; *“Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género”*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, página 26

⁵⁹ Idem página 27

lo citado anteriormente y pasó del artículo 425 al 153 CP, dentro del capítulo de las lesiones.⁶⁰ Las diferencias con su anterior redacción son varias. Por un lado, que la relación de afectividad, que debiera existir entre autor y víctima, fuera estable. Por otro lado, se amplió el círculo de posibles sujetos pasivos, añadiendo además de los hijos, los ascendientes, los incapaces u otros convivientes con el agresor,⁶¹ así como aquellos que se encuentren sujetos, no solo a la potestad, sino a tutela, curatela o guarda de hecho.⁶² Además de aclarar que la pena que este precepto conlleva (pena de prisión de seis meses a tres años) es independiente de la pena que cabrá imponer por el posible resultado producido. Por lo tanto, todo parece indicar que con esta reforma se pretendía regular la exigencia de convivencia⁶³ en este tipo de delitos.

Sin embargo, aunque la incorporación de este precepto supuso un avance en la regulación de la violencia doméstica y más después de la violencia de género, su clasificación dentro del apartado de las lesiones fue algo más criticada,⁶⁴ ya que muchos autores lo valoraban positivamente pero otra parte de la doctrina sostenía que se trataba de un error sistemático porque el bien jurídico que se protegía no será el mismo que en las lesiones, sino otros como la dignidad personal, el honor o la convivencia familiar; incluso que *“se trataba de un delito pluriofensivo”*⁶⁵

Tras la aprobación del Código Penal de 1995, se produjo la reforma del artículo 153 CP, anteriormente citado, por la Ley 14/1999, de 9 de junio. La modificación de este delito de violencia doméstica incorpora los malos tratos psíquicos como parte del tipo penal y se amplía de nuevo el círculo de sujetos pasivos añadiendo a aquéllos *“sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad”*.⁶⁶ Además, se precisa el concepto de habitualidad, atendiendo para ello al número de acciones violentas producidas, así como la proximidad

⁶⁰ MORILLAS CUEVA, L; *“Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal”*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 04-09 (2002), página 9

⁶¹ GARCÍA ÁLVAREZ, P; en NÚÑEZ CASTAÑO, E (Directora) y otros autores; Op. Cit. Página 27

⁶² BOLEA BARDÓN, C; Op. Cit. 02:6

⁶³ Idem

⁶⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, P; en NÚÑEZ CASTAÑO, E (Directora) y otros autores; Op. Cit. Página 27

⁶⁵ Idem

⁶⁶ BOLEA BARDÓN, C; Op. Cit. 02:7

temporal de las mismas, sin perjuicio de que estos actos se hayan llevado a cabo sobre diferentes sujetos o hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.⁶⁷

En relación con la incorporación de los malos tratos psíquicos, la Fiscalía General del Estado, entendió que con esta modificación del precepto, éste debería ser incluido en la parte del Código Penal referente a la tortura y otros delitos contra la integridad moral,⁶⁸ propuesta que quedó en el olvido al continuar el artículo 153 CP dentro del capítulo de las lesiones e hizo surgir el interrogante de si la ubicación de este delito en el apartado de las lesiones había sido la apropiada ante de incluir en el artículo los malos tratos psíquicos ⁶⁹ o es que ahora, tras tener en cuenta el daño psíquico, era incorrecta, o no lo fue nunca y su colocación en ese capítulo fue meramente incidental en lo que se refiere al bien jurídico que se protege en ese delito.

En el ámbito procesal, este texto normativo incluye otras reformas que se incorporaron a los artículos 48 y 57 CP, referentes a la imposición de penas accesorias a las recogidas por los preceptos penales que regulan el tipo.⁷⁰ En el artículo 48 CP se comienza a regular la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o la interdicción de acudir a determinados lugares. Y el artículo 57 CP recoge en qué clase de delitos cabe su aplicación como lo es el artículo 153 CP.

Continuando con la evolución legislativa, se llega al año 2003, donde se crea la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica con la Ley 27/2003, de 31 de julio, la cual supuso un claro precedente⁷¹ a la LO 1/2004, que regula la violencia de género en particular. Por tanto, esta Ley 27/2003 afecta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 13), ya que supone la aplicación de un proceso más sencillo y rápido y se define como una

⁶⁷ Artículo 153 CP modificado por la Ley 14/1999, de 9 de junio, entendía la habitualidad de esta forma: *“Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”*

⁶⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, P; en NÚÑEZ CASTAÑO, E (Directora) y otros autores; Op. Cit; página 29

⁶⁹ Fiscalía General del Estado, Circular 2/1990, sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, de actualización del Código Penal, p.219

⁷⁰ BOLEA BARDÓN, C; Op. Cit. 02:8

⁷¹ Idem 02:9

medida provisional aplicable en las primeras diligencias, junto con las cautelares.⁷² De esta forma, esta Orden de Protección queda regulada en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, determinando que será el Juez de Instrucción el que la dictará cuando observe un riesgo para la víctima o persona especialmente vulnerable mencionada en el artículo 153 CP. Asimismo podrá dirigirse ésta directamente ante la autoridad judicial o ante los Cuerpos de Seguridad del Estado, donde será remitida automáticamente al Juez competente.⁷³

Parece relevante analizar la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, la cual supuso un giro de 180 grados. De su Exposición de Motivos se extrae la finalidad principal del texto normativo, estableciendo que *“los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido”*.⁷⁴

⁷² Exposición de Motivos de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia de género: *“...pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el juzgado de instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil...”*

⁷³ Artículo 554 ter LECr: *“1. El juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código Penal resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.”*

⁷⁴ Exposición de Motivos III de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros: *En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617.*

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone [...], la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento”.

Cabe destacar tres aspectos: la creación del artículo 173.2 CP, la ampliación del círculo de sujetos y la conversión de las faltas en el delito del 153 CP.

En primer lugar, la creación del artículo 173.2 CP establece que las conductas de violencia doméstica habitual pasan a ser delito contra la integridad moral; esto es, pasan de estar reguladas por el artículo 153 CP y, por tanto, desde el punto de vista de las lesiones, al artículo 173 CP, en el capítulo de torturas y otros delitos contra la integridad moral.⁷⁵ Este artículo además de una pena de prisión de seis meses a tres años, se incluye la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años (ésta última se ha modificado con la LO 1/2015, a la que luego haré referencia, y la pena es de tres a cinco años) y la pena de inhabilitación para ejercer la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de uno a cinco años.

Dentro de este precepto se incluye un segundo párrafo que recoge la aplicación de las penas anteriormente dichas en su mitad superior si estas acciones se llevan a cabo en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común de la pareja o el de la víctima y si se quebrantan las medidas cautelares del artículo 48 CP.⁷⁶ Asimismo, se concreta un concepto de habitualidad similar al establecido en reformas anteriormente citadas.

En segundo lugar, se produjo una ampliación del círculo de sujetos pasivos y la eliminación del requisito de la convivencia, suprimiendo el término “de forma estable”. Además, con respecto a los sujetos pasivos, se incorporan tanto las parejas como exparejas, los descendientes, los ascendientes, hermanos, otros menores, incapaces y cualquier otra que pueda incluirse en la convivencia familiar. Es más, también aquellos sujetos que por su mayor vulnerabilidad no conviven con el agresor por encontrarse en centros o residencias.⁷⁷

Por último, la reforma más importante que se llevó a cabo con este texto normativo es la modificación del artículo 153 CP, elevando a la categoría de delito, la falta de lesiones o

⁷⁵ BOLEA BARDÓN, C; Op. Cit. 02:10

⁷⁶ Artículo 173.2 CP: “Se impondrán las penas 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 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”

⁷⁷ Ibídem, 02:12

maltrato sin lesión,⁷⁸ cuando el sujeto pasivo sea una de las personas incluidas en el artículo 173.2 CP, anteriormente citadas, entre los que se encuentran “*quiénes sean o hayan sido cónyuge o persona unida al autor por una relación análoga de afectividad, sin distinción de sexo*”. Asimismo, se utilizan los mismos motivos para agravar la pena que el artículo 173.2, como son la presencia de menores, el uso de armas, teniendo lugar en el domicilio común o de la víctima y quebrantando alguna de las medidas cautelares recogidas en el artículo 48 CP. En este caso, se pone de manifiesto una posible vulneración del principio de proporcionalidad,⁷⁹ ya que la pena debe ser acorde a la gravedad del hecho que aquélla viene a sancionar.

A continuación de esta Ley Orgánica 11/2003, se promulga la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, en la cual se reforma el artículo 503 LECr. La reforma consistió, principalmente, en que la mera existencia de “*motivos bastantes*” para creer responsable criminalmente a una persona era suficiente para dictar auto de prisión.⁸⁰ Con anterioridad, solo cabía dictar la prisión provisional cuando el delito superase la pena igual o superior a dos años de prisión.

Tras todas estas reformas que modificaron de forma progresiva los preceptos relacionados con la violencia doméstica y de género, llegamos a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que resulta ser el texto normativo donde se incorpora el concepto de violencia de género y reforma los principales preceptos que he venido analizando.

La reforma principal que se produce con la aprobación de esta Ley, es la agravación de los preceptos penales donde la víctima es una mujer ligada al sujeto activo por alguna relación afectiva actual o pasada⁸¹, es decir, “*la mujer como sujeto pasivo específico necesitado de una mayor protección penal por encontrarse en una situación de más grave riesgo, por lo que se le da a estos delitos un tratamiento penal más severo*”. El Tribunal

⁷⁸ PERAMATO MARTÍN, T; “*Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución*” en Cuadernos de la Guardia Civil número 51, 2015, página 8

⁷⁹ GALÁN MUÑOZ, A; en NÚÑEZ CASTAÑO, E y otros autores: Op. Cit. Página 58

⁸⁰ BOLEA BARDÓN, C; Op. Cit. 02:13

⁸¹ MUÑOZ CONDE, F; en NÚÑEZ CASTAÑO, E (Dir) y otros autores; Op. Cit, página 19

Constitucional en su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo, recoge cual fue la voluntad del legislador en la redacción de esta LO 1/2004, estableciendo que se entiende que hay actos que son más severos o más reprochables desde el punto de vista penal, por el contexto en el que se producen y por la razón que se llevan a cabo.⁸²

Las reformas principales que este texto normativo recoge son en relación con los artículos 148, 153, 171, 172 CP, los cuales regulan los tipos penales de la violencia de género, las cuales desarrollaré más adelante. Sin embargo, esta LO 1/2004, también introdujo otras modificaciones en materia de suspensión y sustitución de las penas a imponer.

Con respecto al artículo 148 CP, que recoge los subtipos agravados de lesiones del artículo 147, el apartado 4º, es el referente a las lesiones sobre la que *“fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”*. Tiene, por lo tanto, carácter automático, es decir, se aplicará tal agravante por ser mujer, aun sin convivencia y sin necesidad de reiteración o habitualidad. Además, podrá ser aplicado cuando el sujeto pasivo no sea mujer, pero sea alguno de los recogidos en el artículo 173.2 CP, pero en este caso sería una presunción *iuris tantum*, que debe ser probada. Mientras que, si la víctima es una mujer, se presume *ex lege*.

Con respecto al artículo 153 CP, se conservan las circunstancias del artículo 173.2 CP,⁸³ para agravar la pena en los mismo términos que el artículo 148.4º CP, tanto si la víctima es mujer u otros sujetos que convivieran con el agresor. Esta conversión de la falta de lesiones o de maltrato de obra en delito cuando se produce en el ámbito doméstico, tiene como explicación el mayor desvalor que tales acciones violentas presentan.

⁸² STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 7: *“...sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”*.

⁸³ Artículo 173.2 CP: *“Se impondrán las penas 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 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”*

Por otra parte, en el artículo 171 CP se añaden tres apartados haciendo referencia a la gravedad de las amenazas cuando éstas se produzcan sobre la mujer o contra los sujetos especialmente vulnerables que convivan con el autor, y las agravantes cuando concurren las circunstancias del artículo 173.2 CP ya citadas.

El artículo 172 CP referente a las coacciones, queda redactado de forma similar a los anteriores, prestando gran atención cuando la víctima es una mujer, un sujeto especialmente vulnerable y las circunstancias agravantes del artículo 173.2 CP. Además, cuando se aprobó esta Ley aún existían las faltas y es por ello, que el artículo 620 CP establece que: *“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: 1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito. 2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.”* En el apartado segundo de este precepto, se hacía referencia a que si las víctimas son alguna de las contenidas en el artículo 173.2 CP, la pena será de localización permanente.

No obstante, hay que tener en cuenta la reciente reforma del Código Penal con la LO 1/2015, donde las faltas quedan suprimidas y parte de ellas pasan a estar reguladas en el Libro II como delitos leves, basándose principalmente en el principio de intervención mínima del Derecho Penal, disminuyendo de esta forma, el número de enjuiciamientos por la vía penal, siendo resueltos aquéllos por la vía civil o administrativa.

II.2. Reformas introducidas por la Ley Orgánica 1/2015: La agravante de género del artículo 22.4º CP.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal incluye diversas reformas afectantes a la mayoría del texto penal. Con respecto a la violencia de género, la Exposición de Motivos de la norma establece que las modificaciones que se han llevado a cabo en torno a esta materia son principalmente para otorgar una mayor protección a las víctimas de esta clase

de delitos.⁸⁴Incorporar el género como motivo de discriminación dentro de las circunstancias agravantes dentro del artículo 22.4º CP, ampliar el ámbito de la medida de libertad vigilada y suprimir las faltas, creando la nueva categoría de delitos leves, son las principales reformas afectantes a la violencia de género.

En primer lugar, la agravante de género queda recogida en el artículo 22. 4º CP de la siguiente forma: “4.ª *Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, **razones de género**, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*”. Este tipo de agravante fue incluida a raíz de la definición dada en el Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011,⁸⁵el cual establece que todos aquellos comportamientos o tratos que han sido construidos por la sociedad y que se consideran propios, o bien de los hombres o bien de las mujeres, entran a formar parte del concepto de género. Sin embargo, aunque las faltas tras la reforma de la que hablamos han sido suprimidas, no impide que las diferencias entre violencia de género y violencia doméstica continúen manteniéndose,⁸⁶ ya que de esta forma la especial protección a las mujeres sigue presente.

Con esta especial agravación, siempre que pueda ser probado en la fase de enjuiciamiento, se considerará agravante de la responsabilidad criminal.⁸⁷ Por ello, se cree que puede ser un cambio importante en materia de homicidios y asesinatos, que no estaban

⁸⁴ Exposición de Motivos XXII de la LO1/2015, de 30 de marzo: “En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. [...] Se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22, [...] de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. [...] Se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada”.

⁸⁵ Artículo 3.c del Convenio: “por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”.

⁸⁶ MAGRO SERVET, V; “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género”, Diario La Ley, nº 8539, Sección Tribuna, 14 de mayo de 2015, página 2

⁸⁷ Idem

suficientemente agravados en casos de violencia de género.⁸⁸ Sin embargo, aplicar esta agravante junto con otras como la mixta de parentesco del artículo 23 CP, podría llegar a vulnerar el principio del non bis in ídem, es decir, estar castigando dos veces por el mismo hecho. Visto de otro modo, la responsabilidad criminal agravada por el género de la víctima se encuentra dentro del móvil que lleva al autor a perpetrar el acto, pero *“es clave la acreditación probatoria de la intención de cometer el delito contra la mujer por el hecho de ser mujer como acto de dominio y superioridad”*⁸⁹.

En segundo lugar, en virtud del artículo 106 CP, podrá imponerse la pena de libertad vigilada en los delitos de malos tratos y lesiones en materia de violencia doméstica y violencia de género. Concretamente, se prevé su inclusión en el artículo 173.2 CP, en su último apartado, de la siguiente forma *“en los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.”*⁹⁰

Por último, la transformación de las faltas en delitos leves en materia de violencia de género, se traduce en la modificación del artículo 57 CP, referente a las penas accesorias a imponer en un determinado caso. El apartado tercero del citado precepto, establece que las penas recogidas en el artículo 48 CP (aproximación a la víctima, acudir al domicilio de la misma o residir en determinados lugares) podrán imponerse por un período no superior a 6 meses cuando se cometa un delito leve contra quien es o hubiera sido su mujer, convirtiendo de esta forma la falta de violencia de género en delito.⁹¹

En conclusión, éstas son algunas de las reformas que la LO 1/2015 ha llevado a cabo en relación con el tema que trato. A continuación, voy a realizar un análisis de algunos

⁸⁸ GARCÍA VALDÉS, C; MESTRE DELGADO, E; Y FIGUEROA NAVARRO, C; *“Lecciones de Derecho Penal; Parte Especial”*, Editorial Edisofer, Madrid 2015, página 54

⁸⁹ Idem

⁹⁰ MAGRO SERVET, V; Op. Cit. Página 18

⁹¹ Artículo 57.3 CP; *“3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delitos leves”* Se entiende que los delitos del párrafo primero a los que se hace referencia, son acordes a la violencia de género cuando se producen contra la mujer en los términos recogidos en este mismo artículo, apartado segundo

preceptos modificados, haciendo referencia a su contenido, su aparición en la jurisprudencia, así como las posibles críticas que hayan podido surgir a raíz de su redacción.

III. ASPECTOS PENALES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO (II): Las agravantes de género en el Código Penal.

III.1. El delito de lesiones del artículo 148.4º CP.

El delito de lesiones está regulado en el Código Penal en los artículos 147 y siguientes del CP. El artículo 147 regula las lesiones, mientras que el artículo 148 CP recoge determinadas circunstancias agravantes de la pena en relación con los actos descritos en el precepto anterior.

Estos dos artículos fueron modificados tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, y el artículo 36 de esta norma incorpora dos nuevos apartados al artículo 148 CP, referentes a la violencia de género. Estos nuevos apartados vienen a agravar la pena cuando la víctima *“fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”*⁹² o cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (artículo 148.4º y 5º CP).

De la redacción del artículo 148 CP, se puede añadir que la agravación de la pena por los motivos que se recogen, es de carácter potestativo,⁹³ por lo que será el Juez el que valore la concurrencia de alguno de estos motivos objeto de agravación, por ser la conducta de especial severidad.⁹⁴ Además, la Circular 4/2005, referente a criterios de aplicación de la Ley Integral contra la Violencia de Género, establece que deberá tenerse en cuenta la gravedad del resultado producido, y no solo atender a los datos sobre la víctima, lo cual determina de forma general la aplicación del artículo 148 CP.⁹⁵

⁹² LAURENZO, P; Op. Cit. Página 08:10

⁹³ Artículo 148 CP: *“Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior **podrán** ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido...”*

⁹⁴ GORJÓN BARRANCO, M^ªC; Op. Cit. Página 135

⁹⁵ Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, IV.B: *“Los Sres. y Sras. Fiscales, por tanto, tendrán en consideración para la*

Por lo tanto, para poder aplicar lo descrito en el artículo 148 CP, debe darse el tipo descrito en el artículo 147.1 CP, y dependiendo de las circunstancias del hecho producido y los sujetos sobre los que recae, la pena variará desde la establecida en el artículo 147 CP (de 3 meses a 3 años o multa de 6 a 12 meses) a la agravada de 2 a 5 años del artículo 148.4 y 5 CP.

Por otro lado, los apartados 4 y 5 del artículo 148 CP, hacen referencia a dos tipos de sujetos: la mujer y los demás sujetos especialmente vulnerables que convivan con el autor.

Con respecto, al artículo 148.4 CP y el sujeto al que hace referencia, se puede decir que nos encontramos ante un supuesto de agravante específica de género.⁹⁶ El fundamento de incluir este supuesto agravado es la presunción *ex lege* de que la mujer se encuentra en una posición de especial vulnerabilidad o inferioridad, y además que exista una relación con el agresor de carácter matrimonial o análoga, actual o pasada y con convivencia o sin ella.⁹⁷ Se incluyen, por tanto, parejas separadas, divorciadas, anuladas, simples noviazgos y relaciones extramatrimoniales. Así lo cree también GONZÁLEZ RUS, que establece que “la convivencia no es precisa y que el vínculo entre los sujetos puede haber existido en el pasado y no mantenerse en el presente”.

Y si el sujeto pasivo debe ser necesariamente una mujer como así lo indica la LO 1/2004 en su artículo 1.1, el sujeto activo debe ser un hombre, postura que ha sido muy discutida desde la entrada en vigor de este texto normativo.⁹⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008 citada en páginas anteriores, hace referencia a que el sujeto activo no tiene por qué ser necesariamente un hombre, que puede serlo una mujer, mientras que el sujeto pasivo continúe siendo una mujer como así indica la LO 1/2004, y pueda afectarle la protección que ésta contiene. Así ocurriría en los casos de las parejas homosexuales femeninas.

aplicación del subtipo agravado la entidad del resultado causado o riesgo producido, sin que la concurrencia del mero dato subjetivo cualificador de la víctima genere la automática subsunción en el art. 148 CP”.

⁹⁶ GORJÓN BARRANCO, M^aC; Op. Cit . página 137

⁹⁷ NÚÑEZ RODRÍGUEZ, A; Op. Cit. Página 211

⁹⁸ *Ibidem*

Con respecto a los sujetos especialmente vulnerables que convivan con el autor en virtud del artículo 148.5 CP, incorporado por el artículo 36 de la LO 1/2004, se pretende abarcar todos los supuestos que no encajan en la circunstancia agravante del apartado 3º del artículo 148 CP referente a los menores de 12 años o incapaces.⁹⁹ Responde al objetivo principal de la Ley Integral de proteger a los sujetos especialmente vulnerables pero, en realidad, todos los supuestos recogidos en este artículo hacen referencia de alguna forma a algún tipo de vulnerabilidad, ya sea por presunción *ex lege* o creada por el autor para llevar a cabo su propósito. Así, parece que este artículo 148.5 CP abarca todos aquellos casos que no pueden ser incluidos en el resto de circunstancias agravadas.¹⁰⁰ Por lo tanto, dentro de este grupo de personas especialmente vulnerables, se puede incluir a los menores, los enfermos y los ancianos, siempre y cuando cumplan con los requisitos de especial vulnerabilidad y convivencia con el autor. Además, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 705/2005, de 9 de agosto ¹⁰¹ establece que para que pueda considerarse delito deberá lesionar más allá de la integridad física y deberá concurrir algún motivo de discriminación, dominación o subyugación de alguno de estos sujetos.

Por otro lado, la consecuencia jurídica que la concurrencia de estas circunstancias agravantes conlleva, es la pena de prisión de dos a cinco años, que como he dicho es potestativa para el Juez, el cual atenderá al resultado producido.¹⁰² Además, al ser una circunstancia agravante relacionada con la violencia de género, deberán imponerse alguna de las penas accesorias recogidas en el artículo 48 CP (prohibición de aproximación o comunicación con la víctima) de la forma prevista en el artículo 57.2 CP,¹⁰³ la cual “*no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave*”.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto en multitud de ocasiones la constitucionalidad de este precepto penal anteriormente analizado, en relación con el artículo 14 CE, el relativo al principio de igualdad, por el trato punitivo diferente que sufren los hombres a favor de las

⁹⁹ Artículo 148.3º CP: “*Si la víctima fuera menor de doce años o incapaz*”.

¹⁰⁰ NÚÑEZ CASTAÑO, E; Op. Cit. Página 214

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 6ª, 705/2005, de 9 de agosto, [JUR 2007/43576] Fundamento Jurídico 2

¹⁰² GORJÓN BARRANCO, MªC: Op. Cit. Página 139

¹⁰³ Idem

mujeres. La Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2010, de 22 de julio asienta doctrina con respecto a este asunto.

Todas las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas son referentes a la adecuación de este precepto 148.4º CP a los principio constitucionales de igualdad (art. 14 CE)¹⁰⁴, culpabilidad (art. 24.2 CE), legalidad (art. 25.1 CE) y discriminación negativa (art. 9 CE).¹⁰⁵ La Magistrada que redacta la cuestión de inconstitucionalidad pone de manifiesto la importancia de resolución de la misma, por la necesidad de determinar la pena a imponer, si la del artículo 147.1 CP como delito básico de lesiones o la del 148.4 CP como pena agravada por ser mujer el sujeto pasivo.

Asimismo, los Magistrados pasan a resolver dos asuntos; por un lado el trato punitivo diferenciado en relación con el sexo de los sujetos activo y pasivo y, por otro, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al establecer, que siempre que un hombre agrede a una mujer, los actos producidos son motivados por la discriminación.¹⁰⁶

Tras analizar estos dos aspectos, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que los preceptos analizados “*tiene[n] como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer [...] en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos [...] y su libertad y dignidad [...] están insuficientemente protegidos*”,¹⁰⁷ y que, por tanto, cumplen con el principio de adecuación de la pena a las conductas punibles ya que, “*concorre un mayor desvalor en las lesiones cuando éstas son cometidas por un varón contra quien es o fue su mujer, o tenga o haya tenido análoga relación afectiva*”.¹⁰⁸ Así, no se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia o principio de culpabilidad, ya que lo que se pretende es agravar aquellas conductas que se entiende tienen un desvalor mayor, y

¹⁰⁴ Las dudas respecto de la constitucionalidad del precepto formuladas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete son la contradicción del precepto con el principio de igualdad, conectado con los valores de la libertad, la dignidad de la persona y justicia (art. 1.1, 10.1 y 14 CE), [...] el derecho a la presunción de inocencia conectado con el principio de culpabilidad, [...] la referencia típica a las <<personas especialmente vulnerables>> [...] concepto jurídico indeterminado que se opone a la lex certa y [...] al principio de legalidad (art. 25.1 CE).

¹⁰⁵ Idem, página 140

¹⁰⁶ STC 41/2010, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 4

¹⁰⁷ STC 45/2009, de 19 de febrero, Fundamento Jurídico 4

¹⁰⁸ STC 41/2010, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 7

no aplicar automáticamente la presunción de que en toda agresión del hombre hacia la mujer existe ánimo de discriminar a ésta.¹⁰⁹

Además de esta adecuación, se exige que su aplicación no conduzca a consecuencias desproporcionadas, es decir, la diferencia de trato que se pone de manifiesto en la norma, debe ser acorde con la finalidad que se busca.¹¹⁰ Por ello, respetando la función legislativa de descripción del delito y asignación de penas, éstas serán válidas si no es evidente una desproporción o desequilibrio irrazonable o excesivo entre ambos. Se tiene en cuenta, además, el hecho de que la víctima es o fuese esposa del agresor y la gravedad de la conducta.¹¹¹

De esta manera, el artículo 148.4 CP se ajusta al principio de igualdad, ya que el artículo citado recoge una pena significativamente más grave que la recogida en el artículo del delito de lesiones básico (art. 147.1 CP) estableciendo el mínimo de aquélla en 2 años y, al ser una medida potestativa, si el Juez entiende que no se dan los requisitos para su aplicación, siempre puede acudir a las penas de ese artículo 147.1 CP. Además, en esta resolución de la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta, se deja claro que *“la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.”*¹¹²

¹⁰⁹ STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 11

¹¹⁰ STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 10

¹¹¹ STC 52/2010, de 4 de octubre de 2010, Fundamento Jurídico 3: *“pues los órganos judiciales a la hora de aplicar el subtipo agravado han tomado en consideración no solo el hecho de que la víctima fuera la esposa del agresor, sino también la particular gravedad de la conducta”*.

¹¹² STC 41/2010, de 22 de julio, Fundamento Jurídico 9

III.2. El delito de malos tratos no habituales del art. 153 CP

El artículo 153 CP tal y como queda redactado en la actualidad, fue introducido por la Ley 11/2003, que fue el primer texto normativo en regular los malos tratos no habituales, de forma independiente a los habituales, ahora recogidos en el artículo 173 CP.¹¹³ A pesar de incluir los malos tratos psíquicos, el precepto continúa estando dentro de Título III de las Lesiones. A raíz de la determinación de su lugar dentro del Código Penal, han surgido críticas respecto a que, en realidad, el bien jurídico que protege va más allá de la salud y la integridad física que los delitos de lesiones salvaguardan.¹¹⁴

Hace referencia a aquellas lesiones que supongan un menoscabo físico o psíquico, que requiere más que una primera asistencia facultativa, sin necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, o bien se trata de golpear o maltratar de obra sin que llegar a producir lesión¹¹⁵ y teniendo en cuenta, por tanto, que ese maltrato sea ocasional o esporádico. La reforma del Código Penal con la LO 1/2015 ha incluido en el artículo 153.1 CP, a aquellas lesiones del artículo 147.1 CP que no revistan una especial gravedad cuando se produzcan exclusivamente sobre la que es o fue mujer unida al agresor por una relación afectiva o sobre un sujeto especialmente vulnerable que conviva con él.¹¹⁶

Este delito constituye un tipo de lesiones *sui generis* o es clasificado como el delito dedicado exclusivamente al maltrato,¹¹⁷ ya que su redacción hace referencia a conductas de golpes o maltratos de obra sin causar lesión. El cambio de categoría que se produjo con la reforma de la Ley 11/2003 trajo consigo numerosas críticas, ya que se estaban poniendo a la altura de delito, simples empujones o insultos entre parejas que deberían ser juzgados desde el punto de vista de las faltas. Autores como LAURENZO COPELLO, afirman que el artículo 153.1 CP sobra.

Con respecto a la conducta típica que recoge este artículo 153 CP, tras la modificación del precepto por la LO 1/2004, referente a las medidas adoptadas en materia de violencia de

¹¹³ GORJÓN BARRANCO, M^ºC; Op. Cit. Página 143

¹¹⁴ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A (Coord) et alii; Op. Cit. Página 214

¹¹⁵ PERAMATO MARTÍN, T; Op. Cit. Página 14

¹¹⁶ MAGRO SERVET, V; Op. Cit, página 11

¹¹⁷ GORJÓN BARRANCO, M^ºC; Op. Cit. Página 143

género, donde se incorporó el apartado que contiene al sujeto pasivo cuando sea mujer unido al agresor por relación de afectividad o cualesquiera otros que convivan con aquél,¹¹⁸ se puede afirmar que existen dos clases de comportamientos, uno es el de resultado y el otro no.

Se viene a decir que debe quedar afectada la salud psíquica del sujeto pasivo para que sea real el menoscabo psíquico que recoge el precepto. Sin embargo, si no se llega a producir tal resultado, con las acciones tendentes a producirlo, también podría decirse que se ha cumplido con la acción típica¹¹⁹ y que se ha llegado a maltratar a otro “*sin causarle lesión*”. Es, por consiguiente, un tanto ambiguo. Así, podrían encajar dentro de la acción típica aquellas afectaciones leves de la salud psíquica¹²⁰, como crear un situación de ansiedad en el ofendido, o bien, aquellas afectaciones en la salud física como empujones, mordeduras, pellizcos... que no produzcan lesión.¹²¹

Por otro lado, con respecto a los sujetos, el citado artículo 153 CP será aplicable cuando la víctima se halle incluida en alguno de los dos primeros apartados del precepto;¹²² esto es, la mujer que esté o haya estado unida al agresor por una relación de afectividad aun sin convivencia, lo que hace referencia directamente con la violencia de género, y, por otro lado, otros sujetos *especialmente vulnerables* que convivan con éste.

En relación con éstos últimos, hay que tener en cuenta que se hace referencia a todos los no incluidos en el primer inciso y, aunque suelen tener una relación de parentesco con el agresor, no es necesaria esta particularidad. Tampoco basta que ostente la cualidad de especialmente vulnerable,¹²³ sino que debe convivir con aquél, pero sin olvidar esa

¹¹⁸ Art. 153.1 CP: “*sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...*” así como cuando “*sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”.

¹¹⁹ GORJÓN BARRANCO, M^ºC; Op. Cit. Página 147

¹²⁰ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A (Coord) et alii; Op. Cit. Página 214

¹²¹ Cfr. SAP de Alicante núm. 468/2005 Sección 1^ª, de 17 de junio

¹²² FUENTES OSORIO, J.L; “*Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 15-06, 16:16

¹²³ Idem 16:17

vulnerabilidad, la cual debe ser elevada, hasta el punto de alcanzar una indefensión mínima o muy reducida.

La interpretación de que el sujeto activo debe ser en todo caso un varón y el sujeto pasivo una mujer entraría dentro del supuesto del artículo 153.1 CP, mientras que otras combinaciones¹²⁴ como el sujeto activo mujer o un sujeto pasivo femenino con el que no existiese relación de afectividad entraría a formar parte del apartado segundo del artículo 153, es decir, los sujetos que recoge el artículo 173.2 CP. La jurisprudencia¹²⁵ establece que, la producción de un hecho puntual en el tiempo, es suficiente, ya que el precepto no exige ni habitualidad, ni convivencia, ni que la relación afectiva persista en el momento que se lleva a cabo el acto del maltrato.

En conclusión, del artículo 153 CP se extraen, respecto de los sujetos, tres regímenes.¹²⁶ Por un lado, la mujer que esté o haya estado ligada al autor por una relación de afectividad aún sin convivencia. Por otro lado, los sujetos especialmente vulnerables que convivan con el autor y, por último, cuando sea una persona no clasificable dentro de los supuestos anteriormente citados, pero sí esté incluida en los del artículo 173.2 CP (*“descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza o adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que convivan con él o estén sujetos a la potestad tutela, curatela, acogimiento guarda de hecho del cónyuge o conviviente...”*)

Con respecto, a las consecuencias jurídicas que conlleva la producción de estos actos, el apartado primero referente a la mujer con la que se mantiene o mantenía una relación de afectividad o sujeto especialmente vulnerable, establece una pena privativa de libertad de 6 meses a 1 año y una pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Además, con carácter acumulativo, se regula una pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años y otra pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento

¹²⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E (Coord.) et alii; Op. Cit. Página 126

¹²⁵ SAP Bizkaia núm. 1034/2007 (Sección 6ª), de 14 de diciembre

¹²⁶ BOLEA BARDÓN, C; Op. Cit. 02:15

de hasta cinco.¹²⁷En relación con el segundo apartado (art. 153.2 CP), la pena cuando la víctima es un sujeto no citado y sí regulado en el artículo 173.2 CP es más leve, alcanzando el año de prisión y rebajando la pena de inhabilitación para ejercer la patria potestad, tutela... de seis meses a tres años.

Se regula, asimismo, una agravación de estas penas en el apartado tercero del precepto, correspondiendo imponer éstas en su mitad superior cuando *“el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código...”*.

La expresión “en presencia de menores” ha sido interpretada desde dos puntos de vista.¹²⁸Por un lado, si debe hacerse de forma estricta, es decir, si el menor debe visualizar la agresión o si, basta con que la escuche, ya que se daña de la misma forma el bien jurídico protegido. Asimismo, con referencia al uso de armas, cabe preguntarse a qué tipo de aquéllas nos referimos¹²⁹ y se ha de entender que se agravará la pena cuando se utilicen armas de fuego o simples armas blancas, pero no otros instrumentos peligrosos como en el artículo 148.1 CP. Respecto a la producción de los hechos en el domicilio de la víctima, está justificado, ya que éste ofrece al sujeto pasivo una protección desde el punto de vista anímico que el agresor está vulnerando.¹³⁰ Y, por último, agravar la pena cuando se ha producido el quebrantamiento de una de las medidas recogidas en el artículo 48 CP, tiene como fin principal reforzar el cumplimiento de las mismas, impuestas para dar una mayor protección a las víctimas de violencia de género o doméstica

Además, la última parte del artículo 153 CP, se contempla una atenuación potestativa atendiendo a las circunstancias personales del autor, aplicando la pena inferior en grado. Como ya he dicho, muchas son las críticas que se han vertido sobre este precepto por convertir en delito conductas que en un principio sólo eran constitutivas de falta por no

¹²⁷ Art. 153.1 CP.

¹²⁸ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A (Coord.) et alii; Op. Cit. Página 219

¹²⁹ Idem

¹³⁰ Idem

ostentar una especial gravedad y, por tanto, ser contrario al principio de proporcionalidad.¹³¹ Sin embargo, este precepto permite al Juez rebajar la pena si cree que las conductas no revisten esa gravedad como para aplicar las penas de los primeros apartados del artículo. Aunque si lo que se pretende es luchar con dureza contra estas conductas que pueden acabar produciendo resultados mucho más lesivos, la introducción de esta posibilidad de atenuar la pena no parece demasiado coherente con la excesiva protección que se quiere dar a la mujer en sus relaciones de pareja.¹³²

Todas estas posibles incompatibilidades con el principio de proporcionalidad, al regular como delitos conductas que no revisten una gravedad elevada, y con el principio de igualdad, por la referencia entre el sujeto activo hombre y el sujeto pasivo mujer, y las relaciones de dominio que se establecen entre el primero y la segunda, han propiciado numerosas cuestiones de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional en algunas de ellas pone de manifiesto que el fundamento del precepto es proteger los bienes jurídicos de la mujer como la vida, la dignidad, la integridad física, que cree que en estos casos de violencia dentro de la relación de pareja, están insuficientemente protegidos.¹³³ Asimismo, no parece que las penas impuestas sean desproporcionadas con los hechos producidos, ya que aunque se considere que la pena privativa de libertad de hasta un año de duración es demasiado grave, existen otras penas alternativas como los trabajos en beneficio de la comunidad que el Juez puede estimar más convenientes.¹³⁴

En relación con la posible vulnerabilidad del principio de igualdad, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, se pone de manifiesto que las diferencias de trato entre los hombres y mujeres cuando se encuentran en la posición de sujeto pasivo, son razonables. Que la especial protección que se otorga a la mujer, deriva de “*un tipo de agresiones, [...] de sus*

¹³¹ Idem, página 220

¹³² Idem

¹³³ STC 222/1992, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 8

¹³⁴ STC 95/2008, de 24 de julio, Fundamento Jurídico 2: “...*tampoco cabe apreciar que la diferencia de penas de las normas comparadas entrañe una desproporción que conduzca por esta vía a la inconstitucionalidad ex principio de igualdad del artículo cuestionado, máxime si se repara en que esta pena de prisión diferenciada en su límite mínimo es alternativa a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*”

parejas o ex parejas masculinas, que tradicionalmente han sido a la vez causa y consecuencia de su posición de subordinación”,¹³⁵ agresiones que ostentan un mayor desvalor.

Este desvalor mayor que parece existir en la violencia contra la mujer ha sido discutido por algunos autores, ya que el desvalor cuando una mujer golpea o maltrata a su marido será el mismo. Por lo tanto, éstos afirman que nos encontramos ante un mismo delito y ante un mismo desvalor de la conducta y que son los sujetos los que ocupan situaciones diferentes y, no como establece la Sentencia 222/1992, de 11 de diciembre, que son delitos distintos.¹³⁶ En conclusión, *“no existe una diferencia de delitos, ni de conductas, sino de víctimas”*.

III.3. El delito de amenazas leves del artículo 171 CP

Este precepto surge a raíz de la Ley 11/2003 del mismo modo que el artículo 153 CP, al elevar a la categoría de delito lo que se regulaba desde el punto de vista de las faltas.¹³⁷ Los apartados 4 y 5 del artículo, que son los relacionados con la violencia de género, fueron incorporados tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, y vienen a regular de una forma más específica las amenazas leves cuando se producen sobre la que es o fue esposa o con la que exista o existiese una relación de afectividad, así como sobre aquellos sujetos especialmente vulnerables que conviven con el autor, de forma similar que en el artículo analizado anteriormente.¹³⁸

De igual forma, el apartado quinto del artículo 171 CP, también serán protegidos los demás sujetos no incluidos en el apartado cuarto, es decir, los del artículo 173.2 CP, aunque las penas a imponer en este caso son relativamente más bajas.

¹³⁵ STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 10

¹³⁶ Voto Particular del Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas: *“Se trata, pues, de un mismo delito y, por tanto, de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, y no por pretendido mayor desvalor, a menos que, contra la dicción inequívoca del texto legal, se afirme, como hace erróneamente la Sentencia, que los delitos son distintos”*

¹³⁷ GORJÓN BARRANCO, M^ºC; Op. Cit, página 172

¹³⁸ Art. 171.4 CP.

Las amenazas han sido definidas por la doctrina y la jurisprudencia como aquellos actos o conductas que sin producir un daño en el momento, dan a entender la producción de un mal en el futuro.¹³⁹ El Fundamento Jurídico Séptimo de la STS 1162/2004, de 15 de octubre, establece que es un delito de simple actividad o de peligro, donde “*el mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible [...] y produce la natural intimidación en el amenazado. [...] Consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola [...] en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin.*”¹⁴⁰ Habrá que atender, asimismo, al momento en que se profiera la frase y acto amenazante, la relación afectiva entre los sujetos y aquellos factores que puedan determinar su gravedad y credibilidad.¹⁴¹

Ahora bien, los apartados de este artículo 171 CP que interesan son el 4 y el 5, que como ya he dicho hacen referencia a la violencia de género o doméstica. Procediendo a su análisis, la pena a imponer cuando la víctima sea o haya sido su esposa, o mujer con la que existió o exista una relación de afectividad o cuando lo es un sujeto especialmente vulnerable que conviva con el autor, es privativa de libertad de seis meses a un año o, con carácter alternativo, la pena de trabajos de en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Con carácter acumulativo, la privación del derecho a la tenencia o porte de armas de un año y un día a tres años y, si el Juez lo estima conveniente, la privación de la patria potestad o cualesquiera otras relaciones con los otros sujetos convivientes. Si se presta atención las penas previstas para “*el que de modo leve amenace*” a los sujetos citados, son las mismas que las establecidas para el maltrato no habitual o sin llegar a producir lesión del artículo 153 CP. Asimismo, cuando se produzca el hecho contra alguna de las personas que aparecen en el apartado segundo del artículo 173 CP, las penas fijadas serán, del mismo, las mismas que el artículo 153 CP, excepto la pena acumulativa de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas que en el caso de las amenazas oscila entre uno y tres años.¹⁴²

¹³⁹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A (Coord.) et alii; Op. Cit, página 221

¹⁴⁰ STS 1162/2004, de 15 de octubre, Fundamento Jurídico 7

¹⁴¹ Cf. STS de 23 de abril de 1990. Lo que se pone de manifiesto en esta sentencia como en muchas otras, es que la diferencia entre el delito y la ya derogada falta de amenazas, es puramente cuantitativa, partiendo de la menor gravedad del mal anunciado o credibilidad del mismo, aunque sí que deberá darse expresiones o conductas que afecten al estado de ánimo del sujeto pasivo, por ser aquellas (posiblemente) punto de partida para producir un daño más o menos inmediato.

¹⁴² En el artículo 153 CP, la pena de privación del derecho de tenencia o porte de armas oscila entre un año y un día y los tres años, diferencia que apenas se percibe y que, en mi opinión, supone una forma de

Este precepto en su apartado séptimo regula uno de los nuevos delitos leves que han surgido a raíz de la entrada en vigor de la LO 1/2015, la cual suprime las faltas y, en especial, la del artículo 620.2 CP. Recoge así las amenazas leves que se produzcan contra otro sujeto, sobre el cual no se especifican sus cualidades, por lo que entiendo que hace referencia a todos aquellos que no aparecen en los apartados anteriores del artículo 171 CP.

Por último, en relación con estas amenazas leves dentro de la relación afectiva o en el ámbito doméstico, se regula en el párrafo segundo del artículo 171.5 CP, una agravante del tipo, cuando el delito se lleve a cabo en presencia de menores, en el domicilio de la víctima o quebrantando alguna de las medidas cautelares recogidas en el artículo 48 CP, aplicando la pena en su mitad superior. Asimismo, aunque el legislador es consciente de la gravedad de las conductas de los apartados 4 y 5 del precepto, introduce una atenuante del tipo en el apartado sexto, cuando por las circunstancias personales del autor quepa aplicar la pena inferior en grado.¹⁴³

Sera delito leve, por tanto, cuando no sea una amenaza grave condicional de un mal no constitutivo de delito, la amenaza de difusión de datos privados exigiendo cantidad o recompensa, amenaza leve en el ámbito familiar o de violencia de género y amenaza leve con armas u otros instrumentos peligrosos en dicho ámbito.¹⁴⁴ La pena a imponer es de multa de uno a tres meses, muy distinta de la que se fijaba cuando constituía una falta, cuando la pena era de localización permanente o con carácter alternativo, trabajos en beneficio de la comunidad. Al ser un delito leve solo será perseguible a instancia de parte.¹⁴⁵

Por último, respecto a su constitucionalidad hay que decir que al igual que en los preceptos anteriormente analizados, son numerosas las cuestiones de inconstitucionalidad

equiparar todos los delitos que tienen que ver con la violencia de género y en el ámbito doméstico, y fijar, a ser posible, las mismas penas, por la gravedad que todos estos actos revisten, por existir la probabilidad de producción de un hecho más grave como la muerte del sujeto.

¹⁴³ Art. 171.6 CP: *“No obstante, lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado”*

¹⁴⁴ <http://www.abogadoscarranza.com/content/las-faltas-y-los-delitos-leves-en-el-c%C3%B3digo-penal-0>

¹⁴⁵ Art. 171.7 CP; *“... el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”*

interpuestas basadas en los artículos 171.4 y 5 CP y su posible vulneración de algunos principios constitucionales como el de igualdad, proporcionalidad y culpabilidad.¹⁴⁶

Con respecto al principio de igualdad, las cuestiones atienden principalmente a las penas que se fijan en función de los sujetos activo y pasivo, y la STC 59/2008, de 14 de mayo ya ha dejado claro que *“la autoría necesariamente masculina del delito es el fruto de una de las interpretaciones posibles de los términos del enunciado legal, y a que cabría entender que también las mujeres pueden ser sujetos activos del delito”*¹⁴⁷. Además, es necesario precisar que al delimitar el principio de igualdad hay que tener en cuenta la legitimidad del fin, la funcionalidad de la diferenciación y la no existencia de desproporcionalidad en su aplicación. Esto es, *“que el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales tenga una justificación objetiva y razonable y no depare unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación”*¹⁴⁸

Por tanto, para el Tribunal Constitucional las amenazas de carácter leve reguladas en el artículo 171.4 y 5 CP constituyen manifestaciones del dominio de los hombres sobre la mujer, y en su opinión existe un desvalor mayor en esas conductas que cuando el sujeto pasivo no es la mujer que estuvo o está ligada al autor por una relación de afectividad o la persona vulnerable que conviva con él, por lo que aumenta la protección de esos bienes jurídicos (libertad, dignidad...) que están insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja.¹⁴⁹

Sin embargo, existen opiniones diversas recogidas en algunos de los votos particulares de las Sentencias ya citadas, que establecen que se puede estar vulnerando el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) al entender que toda amenaza leve del hombre sobre su pareja femenina no tiene por qué ser siempre una manifestación del sexismo que fundamenta los apartados 4 y 5 del artículo 171 CP.¹⁵⁰ Asimismo, defiende que si lo que se

¹⁴⁶ GORJÓN BARRANCO, M^ºC; Op. Cit, página 184

¹⁴⁷ STC 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 4

¹⁴⁸ STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4º

¹⁴⁹ STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4º

¹⁵⁰ STC 59/2008, de 14 de mayo, Voto Particular del Magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ.

pretende sancionar es ese sexismo machista donde solo puede ser cometido por el varón sobre la mujer, no se estaría vulnerando el principio de igualdad si el legislador crease un articulado especializado, ya que *“los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.”*

A pesar de todo esto, la jurisprudencia viene aplicando los artículos 171.4 y 5 CP, por ejemplo, al marido que realizaba llamadas insistentes a su mujer amenazándola con *“que lo iba a pagar”, “que la iba a seguir a donde fuera, que prefería verla muerta que con otro”...etc.*¹⁵¹ Asimismo, resultó aplicable el artículo 171.4 CP en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, 47/2006, de 21 de febrero, donde delante de sus hijos y en estado ebrio discutió con su mujer, insultándola y amenazándola con que la iba a matar.¹⁵²

III.4. El delito de coacciones leves del artículo 172 CP

Las coacciones leves comienzan a regularse en este precepto a partir de la LO 1/2003 y es más adelante cuando la LO 1/2004, en materia de violencia de género introduce el artículo 172.2 CP que es al que me referiré a continuación.

De igual modo que el maltrato no habitual y las amenazas del artículo 153 y 171 CP, respectivamente, las coacciones leves cuando se produzcan contra quién sea o haya sido su esposa o la mujer con la que está o haya estado unido por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o contra las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, conllevarán las mismas penas; pena privativa de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad con carácter alternativo de treinta y uno a ochenta días, privación del derecho a la tenencia de armas de un año y un día a tres años y, si así se estima adecuado, inhabilitación para ejercer la patria potestad, tutela, curatela...etc.¹⁵³

Asimismo, se regula en el párrafo segundo una agravante del tipo, aplicando la pena en su mitad superior cuando se produzca el delito en presencia de menores, en el domicilio

¹⁵¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, 140/2006, de 3 de abril, de la Sección 1ª

¹⁵² Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, 47/2006, de 21 de febrero, Sección 3ª

¹⁵³ Art. 171.2 CP:

común o de la víctima o por el quebrantamiento de una medida cautelar recogida en el artículo 48 CP. Y, al igual que en los anteriores preceptos, se regula una atenuante potestativa en relación a las circunstancias personales del autor. (art. 171.2, 2º y 3º CP).

En primer lugar, se entiende que una persona coacciona a otra, en virtud del artículo 172.1 CP, cuando le *“impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”*. Además, según el Diccionario de la Real Academia Española, se define como coacción la *“fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo.”*¹⁵⁴ En relación con esto, la jurisprudencia¹⁵⁵ establece que para que se hable de delito de coacciones es necesario *“una conducta violenta de contenido material vis física, o intimidativa vis compulsiva, ejercida contra el sujeto o sujetos pasivos del delito, bien de modo directo o indirecto a través de cosas, e incluso de terceras personas”*.

En relación con los sujetos, al referirse de nuevo a la mujer que formó o forma parte de la vida afectiva del autor, el género se da de la misma forma en el tipo, es decir, se conforma otra agravante de género.¹⁵⁶ Asimismo, se puede decir que el bien jurídico que se pretende proteger con este tipo penal es la libertad de actuar de las personas, el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de este precepto penal relativo a las coacciones son, además de las descritas en relación con la violencia de género (art. 172.2 CP), la pena de multa de uno a tres meses cuando produzcan las coacciones en alguno de los contextos no relatados en los apartados anteriores. Así, se prevé en el apartado tercero del citado precepto 171 CP. Con la reciente reforma del CP con la LO 1/2015, este apartado pasa a denominarse delito leve y solo será perseguible a instancia de parte por el agraviado.

¹⁵⁴ Definición de coacción que otorga la RAE desde el punto de vista del derecho: *“2. Poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción”*

¹⁵⁵ STS 539/2009, de 21 de mayo, Fundamento Jurídico 2: *“El delito de coacciones consiste en la realización de una violencia personal para impedir al otro realizar algo no prohibido o para obligar a otro a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto, siempre en contra de la libertad del obligado y sin legitimación para su realización. El núcleo central de la conducta consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas”*

¹⁵⁶ GORJÓN BARRANCO, M^ºC; Op. Cit, página 191

Asimismo, es necesario hacer referencia al último apartado del artículo el cual describe las penas a imponer cuando el sujeto pasivo se trate de aquellos que aparecen en el artículo 173.2. Se recoge la pena de *“localización permanente de cinco a treinta días, en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses”*,¹⁵⁷ ésta última siempre que no existan relaciones económicas derivadas de una relación matrimonial.¹⁵⁸ Esto es, sí cuando existan el resto de relaciones de noviazgo, relaciones extramatrimoniales...etc.

Por último, quiero hacer referencia a la relevancia que este precepto penal referente a las coacciones ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Del mismo modo que en los explicados preceptos, las cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas hacen referencia al principio de igualdad, al derecho a la presunción de inocencia y, por tanto, el principio de culpabilidad y el principio de legalidad respecto a la relativa taxatividad del término “sujetos especialmente vulnerables”.

La STC 127/2009, de 26 de mayo, respecto a la posible vulneración del principio de igualdad viene a decir lo ya establecido en la más que repetida STC 59/2008, de 14 de mayo. Por un lado, si existe un trato punitivo diferente en función del sexo del sujeto activo y pasivo, lo cual se argumenta desde la capacidad del legislador para *“sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen”*¹⁵⁹ Esa diferenciación de conductas por creer que las coacciones recogidas en el artículo 172.2 CP son más reprochables, es aceptable siempre y cuando no contravenga el principio de proporcionalidad, es decir, que debe existir una justificación razonable.

No se trata, por tanto, de tachar a la mujer como persona siempre vulnerable y al hombre como un maltratador nato sino que en ciertos supuestos cabe apreciar la especial gravedad

¹⁵⁷ ART. 172.3, 2º CP

¹⁵⁸ Art. 84.2 CP: *“...solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia e una descendencia común.”*

¹⁵⁹ STC 127/2009, de 26 de mayo, Fundamento Jurídico 3

de ciertos hechos “*a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad*”.¹⁶⁰

A raíz de todo esto, “*el desvalor específico de las coacciones descritas en el precepto cuestionado, [el artículo 172.2 CP] que hace que puedan no reputarse nunca como banales y que puedan merecer un reproche penal mayor y diferenciado que las que se producen en cualesquiera otro tipo de relaciones.*”. Por lo tanto, respecto a la proporcionalidad de las penas fijadas en el precepto, cabe decir que las coacciones leves del artículo 172.2 CP son relativamente más graves y reprochables cuando se producen sobre mujeres, y que ya existen los demás apartados del precepto donde se regulan coacciones leves con penas inferiores cuando se producen contra otros sujetos, como los indicados en el artículo 173.2 CP.¹⁶¹

IV. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA: ART. 468.2 CP EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En último lugar, y tras conocer como el Código Penal regula las diferentes formas de violencia de género que están presentes en nuestra sociedad, así como las diversas penas que estos hechos conllevan, me parece necesario conocer qué ocurre tras la imposición de este tipo de condenas. Esto es, de qué modo se cumplen finalmente estas penas principales y si las penas accesorias que las completan llegan a ganar completa eficacia una vez recaída la sentencia firme.

A raíz de esto, en primer lugar, haré referencia al concepto de quebrantamiento de condena, de qué manera queda regulado en nuestro Código Penal y cuáles son las modificaciones, en relación a su aplicación, que se han producido desde la entrada en vigor de la LO 1/2004. A continuación, pasaré a describir las consecuencias que la comisión de este tipo penal trae consigo y cuáles son los elementos más relevantes y controvertidos que han salido a la luz en el momento de aplicación de este precepto penal.

¹⁶⁰ STC 81/2008, de 17 de julio, Fundamento Jurídico 5

¹⁶¹ STC 127/2009, de 26 de mayo, Fundamento Jurídico 9

IV.1. Concepto de quebrantamiento de condena.

Para empezar, conviene aclarar que el sistema de Justicia actúa tratando de hacer efectiva la aplicación y la interpretación de las leyes, y haciendo cumplir las decisiones judiciales que, a través de esas normas, los Tribunales han tomado. Por ello, es de vital importancia que ese mismo sistema de Justicia articule ciertos mecanismos para castigar aquellos comportamientos que atacan su funcionamiento habitual. Es aquí, donde ciertas normas, como es el delito de quebrantamiento de condena, sancionan los incumplimientos más graves a las decisiones de fondo que se adoptan en un procedimiento penal, entendiendo por tales, las penas, las medidas de seguridad y las medidas cautelares.

De este modo, el bien jurídico que se pretende proteger con la regulación de este delito de quebrantamiento de condena, no es otro que ese buen funcionamiento de la Administración de Justicia, reflejado en el debido respeto que merecen las resoluciones judiciales emanadas de los órganos jurisdiccionales, haciendo así realidad el mandato constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

La regulación de este tipo de delitos se encuentra en el Título XX, del Libro II del Código Penal, referente a los delitos contra la Administración de Justicia, y el Capítulo VIII que es el que exactamente incluye el artículo 468 CP el cual trata precisamente del quebrantamiento de condena. El precepto consta de tres apartados y tipifica la conducta de *“los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia”*, con carácter general, impuestas en cualquier procedimiento penal. Sin embargo, el apartado segundo especifica las penas a imponer por quebrantar alguna de las penas o medidas cautelares recogidas en el artículo 48 CP, concretando de qué sujetos pasivos se trata, donde se incluye a todos los que describe el artículo 173.2 CP.

Con respecto a la estructura delictiva de este tipo de acciones, el sujeto activo será aquel sobre el que recae la pena o medida cautelar dictada por el Juez, ya esté privada de libertad o no. Además, se exige que la acción de quebrantar esa medida se lleve a cabo de manera consciente y voluntaria, convirtiéndose, por tanto, en un delito eminentemente doloso. Asimismo, se considera un delito especial propio, de manera que solo podrá ser

cometido a título de autor por aquel sujeto que esté condenado o sujeto a alguna de las situaciones descritas en el tipo penal, y un delito de mera actividad, cuya consumación se produce con la contravención de lo establecido en la decisión judicial de que se trate, ya sea mantenerse sin conducir vehículos o no acercarse a la víctima.¹⁶²

El precepto también distingue si el responsable del quebrantamiento se encuentra privado de libertad o no, imponiendo una pena de prisión de 6 meses a 1 año para el primer caso y una pena de multa de 12 a 24 meses para el segundo caso. MARTÍNEZ MOLLAR, no aprecia que hay diferencia en cuanto a las consecuencias punitivas, ya que en virtud del artículo 53 y el artículo 88 del Código Penal, el impago de multa conlleva responsabilidad subsidiaria de un día de prisión por cada dos de impago, y porque aquellas penas de prisión inferiores a un año pueden ser sustituidas por pena de multa. En definitiva, se podría decir, que la aplicación real sería la de un día de prisión equivaldría a dos días de multa.

Hasta aquí la descripción del tipo penal general de quebrantamiento de condena y sus características generales. Ahora me centraré en el quebrantamiento de aquellas medidas cautelares o penas accesorias en procedimientos penales sobre violencia de género y qué relevancia tiene el consentimiento de la mujer cuando la infracción se produce a ello, en gran parte.

IV.2. Evolución de la regulación del delito de quebrantamiento de condena

Como ya he adelantado, el artículo 468 CP regula en su apartado segundo una de las formas de quebrantamiento de condena que tiene especial transcendencia cuando la medida cautelar o pena accesoria infringida es una de las contenidas en el artículo 48 CP, y cuando la persona que debe proteger esa medida es una de las que incluye el artículo 173.2 CP (es decir, aquellos casos de violencia doméstica y de género).

Este precepto tal y como aparece regulado actualmente fue modificado a raíz de la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre y la LO 1/2004, de 28 de

¹⁶² CARLOS GARCÍA VALDES, Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Edisofer S.L. págs. 250 y ss., Madrid 2011

diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Con anterioridad a estas reformas, el artículo 468 CP venía a decir lo siguiente:¹⁶³ establecía una pena de prisión de 6 meses a 1 año cuando el sujeto estuviese privado de libertad y con una pena de multa de 12 a 24 meses en el resto de casos.

Con todo ello, la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, introduce una previsión para aquellos supuestos en los que el quebrantamiento se produjese en torno a alguna de las prohibiciones que el artículo 57.2 CP,¹⁶⁴ estableciendo una pena de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días. Por tanto, la modificación de este precepto a raíz de la ley orgánica citada, prevé una obligatoriedad por parte del juez de aplicar lo establecido en el artículo 48.2 CP (prohibición de aproximarse a la víctima o familiares...etc), cuando el delito cometido tuviera como sujeto pasivo a alguno de los que se recogen el artículo 173.2 CP.¹⁶⁵

Por otro lado, en primer lugar, la LO 1/2004, trae consigo dentro del apartado primero del artículo 468 CP, una unificación de todos los supuestos de quebrantamiento, estuviera o no el sujeto activo privado de libertad. Esto es, el apartado segundo del precepto, elimina de su redacción la posibilidad de establecer trabajos en beneficio de la comunidad y equipara las penas de este 468.2 (estuviera o no privado de libertad) a las del apartado primero (privado de libertad), resultando todo ello criticable, ya que existe una misma respuesta punitiva para supuestos de diferente gravedad.¹⁶⁶ Se vulneraría, por lo tanto, el principio de proporcionalidad, uno de los que debería haber sido rector para su establecimiento, tal y como se mantiene en esta rama del Derecho.

¹⁶³ Art. 468 CP antes de la reforma de 2003: *“Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 1 año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de 12 a 24 meses en los demás casos”*

¹⁶⁴ *“Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido”*, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J; La Ley Integral, un estudio multidisciplinar, 2009, ISBN 978-84-9849-392-4, págs. 395-396. <https://app.vlex.com/#vid/quebrantamiento-inducido-consentido-70133767>

¹⁶⁵ Ídem, página 396.

¹⁶⁶ *“Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido”*, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J, página 397

De otra parte, modifica la redacción del artículo 468.2 CP, a través de su artículo 40¹⁶⁷, creando, por una parte, un tipo específico, cuando “*el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2*”.

Con esta nueva redacción, la pena privativa de libertad por el delito de quebrantamiento de condena, alcanza, no solo a los supuestos en los que se vulnera una medida de aproximación a la víctima o a los lugares que ésta frecuenta cuando esa medida tiene carácter de accesoria y se encuentra dentro de una sentencia firme, sino que también cabe la posibilidad de imponer una pena de prisión, cuando se trate de medidas cautelares.¹⁶⁸Éstas podrán interponerse dentro del procedimiento penal concreto, según prevé el artículo 544 bis LECrim, y tendrán el mismo contenido que las reguladas en el artículo 48 CP. Esa modificación es significativa, ya que equipara el quebrantamiento de las penas accesorias con el de las medidas cautelares, con la pena de 6 meses a un año, siempre y cuando el ofendido sea alguno de los sujetos del artículo 173.2 CP, cuando con anterioridad solamente era posible la pena de multa.

Cabe decir, que la modificación que esta LO 1/2004 lleva a cabo del artículo 468 CP, hubiera sido la misma que queda reflejada actualmente, si se hubiera partido del contenido que ese artículo tenía antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003,¹⁶⁹ aunque la base del actual delito de quebrantamiento de condena nació en ésta última Ley Orgánica.

Por último, no se puede obviar la última modificación operada por la LO 1/2015, de 30 marzo, que incluye el último apartado del artículo 468 CP. Este tercer apartado hace referencia a los dispositivos electrónicos que se imponen para el control el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares, y más concretamente, el castigo a dictar a “*los que inutilicen o perturben el funcionamiento normal de los dispositivos técnicos*”. Sin embargo, cabe especificar, que estos actos tendentes a hacer ineficaz el

¹⁶⁷ “Artículo 40. *Quebrantamiento de condena. Se modifica el artículo 468 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma: [...] 2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 CP*”

¹⁶⁸ Circular nº 4/2005, relativa a los criterios de aplicación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, páginas 37 y 38.

¹⁶⁹ “*Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido*”, JIMÉNEZ DÍAZ, M.J, página 396

funcionamiento de esos dispositivos no son suficientes para que formen parte del tipo del delito de quebrantamiento de condena. Es necesario, además que, mediante esa perturbación del dispositivo, también se vulnere una de las medidas o penas recogidas en el artículo 48 CP, entre las que se encuentra la prohibición de aproximación a la víctima. Por ejemplo, que se fracture uno de los dispositivos con la finalidad de acudir al domicilio de la protegida por la medida.

Así lo exige la Fiscalía General del Estado en su Circular 6/2011, donde se pone de manifiesto que¹⁷⁰ estos dispositivos son mecanismos cuya función es el cumplimiento de la medida impuesta por el Juez, pero que su fractura o inutilización no supone por sí mismos el quebrantamiento de la medida que se pretende hacer cumplir, no incumpliendo, por tanto, lo establecido en la resolución judicial oportuna.

IV.3. Bien jurídico objeto del delito de quebrantamiento

Determinar cuál es el bien jurídico que este tipo penal pretende proteger ha dado lugar a multitud de opiniones y sectores doctrinales. Por un lado, los que defienden que el único bien jurídico que se protege es la Administración de Justicia y el cumplimiento de las resoluciones de los distintos órganos jurisdiccionales, mientras que otros dotan al apartado segundo del artículo 468 CP de un carácter de subtipo agravado, incorporando otro bien jurídico digno de protección, la indemnidad de la víctima, objetivo principal de la medida contenida en la resolución.

De este modo, para empezar, cabe decir que el artículo 468 CP se encuentra dentro del Título XX que recoge todos aquellos delitos contra la Administración de Justicia, por lo que sería lógico establecer que el bien jurídico es de tipo institucional, ya que al fin y

¹⁷⁰ Circular 6/2011 de la Fiscalía General del Estado, Apartado VI; Dispositivos electrónicos: “*En este caso, no cometería un delito de quebrantamiento de medida cautelar, pues no incumple las prohibiciones impuestas en la resolución judicial, dado que el dispositivo de detección de proximidad no es más que un mecanismo de control de ejecución de la medida cautelar o pena que no se vulnera*” (página 1734)

al cabo el quebrantamiento se ha producido en torno a una pena, medida cautelar o medida de seguridad emanada de una resolución judicial. Se estaría protegiendo, por tanto, el interés del Estado por el cumplimiento de las sentencias¹⁷¹ y el adecuado funcionamiento del sistema de Justicia.

Sin embargo, este término de Administración de Justicia como bien jurídico protegido por este tipo penal puede resultar algo amplio o vago para que se le puedan atribuir las funciones tradicionales que debe tener todo bien jurídico,¹⁷² por lo que sería necesario describir con más precisión qué se entiende por Justicia, por Poder Judicial o por la función jurisdiccional.

En este caso del delito de quebrantamiento de condena, el objeto de protección es la efectividad de las resoluciones emanadas de las diferentes autoridades judiciales,¹⁷³ las cuales quedan enmarcadas “*en la descripción típica del objeto de la acción << condena, medida de seguridad, medida cautelar, conducción y custodia>> y por el núcleo de la conducta típica <<quebrantar>>*”. La aplicación de esta figura penal del quebrantamiento, por tanto, abarca a todas aquellas resoluciones que se dicten dentro del proceso penal, ya sean medidas cautelares, penas o medidas de seguridad, teniendo como punto de unión “*su idoneidad para dificultar o frustrar el normal inicio, desarrollo y conclusión del proceso penal*”, entorpeciendo la correcta ejecución de una sentencia condenatoria.

Por otro lado, son muchos los autores que reconocen que además del bien jurídico de acatamiento de las resoluciones judiciales emanadas de los órganos jurisdiccionales, hay que tener en cuenta a quién se está protegiendo al dictar una sentencia firme o una medida cautelar que contengan alguna de las prohibiciones del artículo 48 CP. En consecuencia, existiría otro bien jurídico de carácter personal, el de la indemnidad de la mujer víctima de violencia de género u otras personas cuya vida o integridad se pretende

¹⁷¹ “*Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*”; FARALDO CABANA, P; IGLESIAS SKULJ, A; Editorial Comares, Granada 200, páginas 158 y siguientes.

¹⁷² “*Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 CP y del delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 CP*”; VALEIJE ÁLVAREZ, I; Profa Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo; página 343.

¹⁷³ Ídem

proteger. Sin embargo, en este momento entra en juego otro elemento como es el consentimiento de la víctima, que dejaría sin efecto el objeto de protección recogido en la medida impuesta, permitiendo, por tanto, que el bien jurídico de la integridad corporal sea menoscabado de forma consciente y voluntaria por la propia víctima,¹⁷⁴ que consiente en que el sujeto sobre el que recae la prohibición quebrante la medida.

Algunos sectores doctrinales como MONTANER FERNÁNDEZ, R, afirman que lo contenido en el artículo 468.2 CP se trata de un tipo específico y diferenciado del delito del artículo 468.1 CP, por lo que en ese segundo apartado existirían dos bienes jurídicos protegidos y se trataría, en este sentido del concepto de violencia de género, de un delito pluriofensivo.

IV.4. Medidas y penas de la mujer víctima de violencia de género.

Los delitos incluidos dentro de lo que se entiende por violencia de género llevan aparejadas, además de la pena por el delito que se haya cometido, otras medidas cautelares o penas accesorias que encontramos en el artículo 48 CP y que indica el artículo 57 CP, las cuales se encuentran recogidas del mismo modo, en la LO 1/2004, en los artículos 61 y siguientes. Todas esas medidas, que enumera el artículo 39 CP, son privativas de derechos.

Además, conviene citar a estos efectos, el artículo 544 bis LECrim, que permite imponer distintas prohibiciones de aproximación o residencia, así como el artículo 544ter LECrim, que otorga a los Jueces de Instrucción las facultades para interponer este tipo de medidas cuando existan *“indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP”*.

En primer lugar, nos encontramos con la prohibición de aproximación a la víctima (artículo 64.3 LO 1/2004) que queda recogida en el artículo 48.2 CP, que también incluye a aquellos familiares que el Juez determine. Esta importante medida en los procesos penales de delitos de violencia de género, es de obligada aplicación por el órgano judicial,

¹⁷⁴ FARALDO CABANA, P; página 159.

en virtud de lo establecido en el artículo 57.2 CP. Este último precepto, incluye la coetilla “en todo caso” cuando se trate de los sujetos de la mujer ligada el acusado por una relación de afectividad, sea cual fuera ésta. Se fijará una distancia mínima entre víctima e inculpado dependiendo de las circunstancias concretas,¹⁷⁵ así como se establece una duración máxima de esta medida en 10 años cuando el delito sea grave y en 5 si fuera menos grave.

Ese artículo 64 LO 1/2004, también incluye, además de la prohibición de aproximación a la víctima, toda comunicación con ésta, o las personas que el Juez indique y en su apartado primero, la obligación de salir del domicilio que compartía con aquella, entendiéndose dentro de este deber, la prohibición de volver al mismo.

Otras medidas secundarias que recogía la LO 1/2004, son la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores (art. 65 LO 1/2004), incluyendo, en su caso, “*la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores*”. En relación a esto, el precepto siguiente hace referencia a qué ocurriría con el régimen de visitas, relación o comunicación con los menores, que podrán quedar suspendidas o modificadas de la manera que el Juez así lo indicase.

Por último, el órgano judicial también tendrá la facultad de suspender el derecho a la tenencia, porte y uso de armas cuando corresponda por los distintos hechos del caso concreto, con la obligación de que el agresor las deposite “*en los términos establecidos por la normativa vigente*”.

Todas estas medidas que el Juez podrá imponer junto con la pena correspondiente al delito cometido, deberán ceñirse a los principios de proporcionalidad y necesidad, y deberán existir, asimismo, indicios fundados de que esos hechos han puesto en peligro, la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual, libertad o seguridad de alguno de los sujetos que se incluyen en el artículo 173.2 CP.¹⁷⁶

¹⁷⁵ SAP Jaén, Sección 3ª 160/2011, de 6 de julio que dispone que “*no se especifica en dicho precepto penal la distancia mínima de aproximación, por lo que será el Juez a quo quien, ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, fije dicha distancia.*”

¹⁷⁶ “...2. *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de*

IV.4.1. Penas accesorias

Las penas accesorias constituyen una de las modalidades definidas por el artículo 468.2 CP, a través de las cuales se puede incurrir en el quebrantamiento de alguna de las medidas o prohibiciones recogidas en el artículo 48 CP. Este tipo de penas acompañan a una pena principal dictada por un Juez en sentencia firme, a diferencia de las medidas cautelares, que luego explicaré, o las medidas de seguridad.

En primer lugar, hay que decir que, durante las últimas reformas, se ha producido un endurecimiento punitivo de este tipo de penas, sin pararse a revisar los elementos que permiten su aplicación.¹⁷⁷ Asimismo, muchos autores indican que estas consecuencias jurídicas no se corresponden con “*una política criminal unitaria y carecen de coherencia sistemática*”. Sin embargo, dentro de la sección referente a las penas accesorias, el artículo 57 CP enlaza con el citado artículo 48 CP, que en este caso, sí que ofrecen un planteamiento político-criminal actual,¹⁷⁸ como la prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, como se ha visto reflejado en multitud de casos de violencia de género.

Por otro lado, estas penas se consideran accesorias en aquellos supuestos en los que, aunque la ley o el precepto no lo indique, sí declara que otras penas las lleven consigo. De acuerdo con esto, la accesoriedad de estas medidas se caracteriza por una nota positiva y otra negativa. De este modo, será la propia ley quien la asocie a una determinada pena principal recogida en el tipo penal concreto, incorporando a ésta nuevos efectos punitivos, distintos de sus contenidos naturales,¹⁷⁹ siempre y cuando, ese tipo penal no tenga asociada esa pena (accesoria) especialmente. Además, estas medidas cuando se encuentren

especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados...”

¹⁷⁷ VALEIJE ÁLVAREZ, I; página 326

¹⁷⁸ Ídem

¹⁷⁹ VALEIJE ÁLVAREZ, I; página 326

formando parte de una pena accesoria, se regirán por unas reglas de determinación de las penas diferentes a las generales, pero que tendrán carácter complementario y subsidiario.

Ahora bien, hay que decir que en el momento de incorporar estas penas a la condena final de la sentencia, la discrecionalidad atribuida a los Jueces por la que pueden ajustar las consecuencias punitivas a las circunstancias concretas del caso, se ve claramente minimizada.¹⁸⁰ Esta discrecionalidad la encontramos dañada por automatismo que ostentan estas penas y que influye en el momento de dictar sentencia, donde la facultad del Juez *“queda limitada a unos parámetros muy determinados tanto en la imposición como en la cuantificación de estas penas”*.

En segundo lugar, y volviendo al tema que nos ocupa sobre las penas accesorias a imponer en los supuestos de violencia de género, es el artículo 39 CP el que realiza una enumeración de penas privativas de derechos. Entre ellas se encuentran, en lo que nos concierne, la privación del derecho a residir en determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima u otros sujetos que se indiquen o la de comunicarse con ellos.¹⁸¹ Todas estas medidas vienen recogidas de manera específica en el artículo 48 CP, pero hasta aquí es una regulación normal que podría aplicarse en cualquier tipo delictivo.

Sin embargo, es necesario acudir al artículo 57 CP para determinar en qué momentos permite u obliga a la aplicación de esas medidas.¹⁸² Este precepto se refiere en su primer inciso a la comisión de un delito de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y con la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico. Asimismo, el apartado tercero tiene que ver con estos delitos, pero cuando se

¹⁸⁰ Ídem

¹⁸¹ Artículo 39 CP: “...f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos. G) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o el Tribunal. H) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos familiares u otras personas que determine el juez o tribunal...”

¹⁸² JIMÉNEZ DÍAZ, M.J, página 397

declaren como delitos leves. Ahora bien, es el inciso segundo del artículo 57 CP el que nos interesa, al establecer la posibilidad de imponer las medidas antes citadas cuando la víctima sea alguno de los sujetos que recoge el artículo 173.2 CP, esto es, la mujer que esté o haya estado ligada al autor por alguna relación de afectividad sea cual sea ésta, los menores o descendientes, así como otros sujetos vulnerables. De este modo, el establecimiento de estas medidas tiene carácter facultativo, sin perjuicio del último apartado del artículo 57.2 CP,¹⁸³ en el cual la pena accesoria de prohibición de aproximación a la víctima debe imponerse de forma obligatoria, por tratarse de los sujetos que he enumerado.

IV.4.2. Medidas cautelares

A diferencia de las penas accesorias, las medidas cautelares, aunque puedan tener el mismo contenido que las primeras, el momento de su aplicación cambia. Esto es, una medida cautelar se adopta en algún momento previo a la sentencia, durante el transcurso del procedimiento penal.¹⁸⁴ Es el artículo 468.2 CP el que hace referencia al quebrantamiento de medidas cautelares a través del término “misma naturaleza”, por lo que la medida cautelar quebrantada debería ser alguna de las recogidas en el artículo 48 CP pero dentro del proceso.

De la misma manera, el artículo 544bis LECrim,¹⁸⁵ otorga al Juez la facultad de imponer cautelarmente, como diligencia, la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, así como de acudir a esos lugares y de aproximarse o comunicarse a determinados sujetos, medidas que ya hemos visto que quedan reguladas en las letras F, G y H del artículo 48 CP.

¹⁸³ Artículo 57.2 CP: “... se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave...”

¹⁸⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J; página 398

¹⁸⁵ Artículo 544bis LECrim: “...imponer cautelamente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar [...], la prohibición de acudir a determinados lugares [...] o de aproximarse o comunicarse a determinadas personas...”

Sin embargo, el catálogo de medidas de este precepto solo son algunas de las que se encuentran en la LO 1/2004. Los artículos 65, 66 y 67 de este texto normativo, recogen otras medidas, también privativas de derechos, como son la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia de menores o el derecho a la tenencia, porte y uso de armas. Por tanto, el único problema que se puede plantear¹⁸⁶ es que todas las medidas que se encuentran en esa LO 1/2004 exceden de las previstas en el artículo 48 CP, pero teniendo en cuenta el legislador ha decidido considerarlas como medidas cautelares del mismo modo que las del Código Penal, deben equipararse como prohibiciones de “la misma naturaleza”.¹⁸⁷

Por último, y aunque deban comprenderse todas ellas como medidas cautelares que el Juez puede imponer en cualquier momento del proceso penal, no hay que obviar que las diferencias en los catálogos de medidas de una norma y de otra, suponen en palabras de SENÉS MOTILLA, “*un caos conceptual y terminológico*” refiriéndose a éstas como medidas de protección y de seguridad, medidas cautelares y de aseguramiento, de manera indistinta.¹⁸⁸ Asimismo, estas medidas no comparten los mismo rasgos de las medidas cautelares, sino que tienen como objetivo asegurar la presencia del investigado o inculpado hasta que se dicte la sentencia. El fin que perseguirían sería el de protección de la víctima hasta el momento en que finalice el proceso, algo que queda reflejado a lo largo de la LO 1/2004, por la existencia de un riesgo objetivo¹⁸⁹ para la misma, que el Juez deberá motivar.

IV.5. La relevancia del consentimiento de la víctima en el delito de quebrantamiento de condena. Análisis jurisprudencial.

En último lugar, y tras analizar cuáles son las características más relevantes y el contenido de las medidas impuestas objeto del quebrantamiento, bien durante el

¹⁸⁶ Ídem

¹⁸⁷ Ídem, página 399

¹⁸⁸ Ídem, página 398

¹⁸⁹ Ídem

procedimiento, bien en sentencia, me parece interesante describir qué papel juega el consentimiento de la víctima en el quebrantamiento de esas medidas establecidas.

Antes de empezar, la relevancia de este consentimiento cuando ya se ha producido el quebrantamiento de condena ha dado lugar a diversas posturas dentro de la doctrina y de la jurisprudencia¹⁹⁰, yendo desde la impunidad del autor por considerar el consentimiento circunstancia eximente de la responsabilidad penal, hasta la irrelevancia del mismo por entender, en líneas generales, que el tipo penal protege bienes jurídicos indisponibles por la víctima.

Hay que decir que es la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 la que pone un punto de inflexión¹⁹¹ en la doctrina jurisprudencial, un cambio de orientación seguido hasta ese momento. Hasta ese momento, el consentimiento de la víctima era irrelevante,¹⁹² tanto si nos encontramos ante una medida cautelar o ante una pena accesoria, por entender que ambas protegen en última instancia los bienes jurídicos esenciales de la víctima.

De ese modo, la sentencia citada vendría a decir que cuando media consentimiento de la víctima, ni el autor del quebrantamiento ni aquélla incurrirían en un delito del artículo 468.2 CP, por existir en la acción de quebrantar una ausencia de tipicidad, todo ello basado en que, si la mujer consiente la convivencia, se estaría produciendo “*una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a <vivir juntos>*”.¹⁹³ En la resolución se pone de manifiesto que hay que tener en cuenta, por una parte, la naturaleza pública de la medida otorgando seguridad jurídica y, por otra, la libertad de decisión sobre su vida personal, de manera

¹⁹⁰ FARALDO CABANA, P; IGLESIAS SKULJ, A; página 155

¹⁹¹ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J; página 403

¹⁹² FARALDO CABANA, P; y otros; página 156

¹⁹³ STS 1156/2005, de 26 de septiembre de 2005: Fundamento Jurídico 5º; “*Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”*”

que una reanudación de la convivencia supone la desaparición de las circunstancias que justificaron la prohibición de aproximación, por lo que quedaría extinguida.¹⁹⁴

Asimismo, en ese mismo Fundamento Jurídico Quinto de la STS de 26 de septiembre de 2005 se concluye¹⁹⁵ que, aunque la medida de prohibición se haya otorgado con el fin de protección de la víctima, si la decisión de ésta es la reanudación de la relación con él, se intuye que la medida impuesta deviene innecesaria, quedando el plazo de duración de ésta al arbitrio de la mujer.

MONTALBÁN HUERTAS, establece que esta disponibilidad sobre las medidas de prohibición por parte de la víctima sería coherente en el caso de que el bien jurídico que pretende protegerse fuera disponible. Sin embargo, como ya he dicho, en el delito de quebrantamiento de condena existen varias posturas en torno a qué bien jurídico se está protegiendo, si uno de naturaleza institucional o, además de éste, uno de naturaleza personal, como es la indemnidad de la víctima, de manera que *“al otorgarle efectos jurídicos al consentimiento de la víctima en unos términos tan amplios y absolutos, se compagina mal con el bien jurídico protegido en el artículo 468 CP”*.

Por el contrario, existen partidarios de defender la existencia de un solo bien jurídico digno de protección en estos delitos de quebrantamiento de condena, esto es, el interés del Estado en el cumplimiento de las resoluciones¹⁹⁶, negando toda posible relevancia al consentimiento. No obstante, aunque fuese un bien jurídico pluriofensivo,¹⁹⁷ el de naturaleza institucional estaría presente, alcanzando el mismo punto de antijuricidad, y estando, en ambos casos, en presencia de bienes jurídicos indisponibles por la víctima.

A estos efectos, CEREZO MIR, J afirma que el consentimiento solo exime de responsabilidad penal en los delitos en los que el bien jurídico corresponde a un sujeto,

¹⁹⁴ STS de 26 de septiembre de 2005: Fundamento Jurídico 5º; *“la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener”*

¹⁹⁵ STS 26 de septiembre de 2005, *“... la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección...”*

¹⁹⁶ FARALDO CABANA, P; IGLESIAS SKULJ, A; página 159.

¹⁹⁷ SAP Guipúzcoa, Secc. 1ª, de 26 de septiembre de 2006 y SAP Soria, Secc.1ª de 19 de febrero de 2007: *“Se tutela dos bienes jurídicos complementarios: uno de naturaleza institucional, [...] otro de naturaleza personal ceñido a la tutela de la indemnidad de la persona o personas cuya seguridad vital se protege”*

no así en aquellos tipos penales donde los bienes jurídicos que se protegen se consideran supraindividuales.

Por otro lado, existen sectores dentro de la doctrina que llegan a diferenciar la relevancia del consentimiento cuando nos encontramos ante el quebrantamiento de una medida cautelar o ante una pena accesoria.¹⁹⁸ La STS 775/2007, 28 de septiembre, representa esta distinción y matiza lo previsto en la STS de 26 de septiembre de 2005,¹⁹⁹ estableciendo que *“una cosa es el quebrantamiento de una medida de seguridad [...] que además tiene una finalidad meramente preventiva [...] y otra, muy distinta, aquella situación en la que [...] se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie..”*

Siguiendo esta línea, la propia naturaleza de las medidas cautelares conllevaría que éstas no deben mantenerse para siempre, sino que en algún momento serán levantadas por extinguirse las circunstancias que obligaron a su imposición²⁰⁰. Por ello, si la víctima entiende que el peligro ya no existe, el quebrantamiento no se consideraría lesivo para ningún bien jurídico. En definitiva, se aborda la cuestión desde un punto de vista intermedio, ya que admite la voluntad de la víctima en las medidas cautelares acordadas en fase de instrucción y se la niega, donde ya no parece admisible, es decir, en sentencia firme, dando lugar a la teoría de la distinción.

Toda esta evolución jurisprudencial, termina con el Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, llegando a la conclusión de que *“el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468.2 CP”*. Asimismo, la Fiscalía General del Estado²⁰¹ entiende que una medida cautelar es indisponible por la víctima, sin que pueda dejarla sin efecto a su antojo. Por ello, la mujer deberá realizar alguna actividad ante el juzgado manifestando su voluntad de inaplicar dicha protección y explicando al Juez y al Fiscal los motivos que

¹⁹⁸ Ídem, página 160.

¹⁹⁹ PÉREZ RIVAS, N; *“Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española”* Polit.Crim, Vol. 11, nº21 (Julio 2016), Art.3; página 42

²⁰⁰ PÉREZ RIVAS, N; página 42

²⁰¹ Circular de la Fiscalía General del Estado, 2/2004

la han llevado a actuar de ese modo, los cuales valorarán la situación concreta para levantar la medida o mantenerla.

Por último, me parece necesario diferenciar de igual modo de qué modo se realiza el quebrantamiento, si a instancias del obligado por la prohibición o de la propia víctima.²⁰² Desde la jurisprudencia y la doctrina se han propuesto varias iniciativas, llegando a la conclusión de que el obligado podría estar incurso en un error de tipo o error de prohibición.²⁰³ Este error debe quedar suficientemente acreditado, es decir, si existía alguna posibilidad de que el autor conociese el hecho, por lo que si el contenido de la prohibición era de fácil acceso, puede llegar a plantearse si ha existido o no ese error alegado.

Aquí entran en juego, por tanto, los elementos del tipo, a saber, el normativo, consistente en la existencia de una prohibición, el objetivo, como es la acción de quebrantar, infringir o desobedecer, y el subjetivo, basado en el conocimiento de la medida o su vigencia.²⁰⁴ Esto es, que el autor sea consciente de la existencia de esa medida y que a pesar de ello, realice un acercamiento a la víctima, *“sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna”*. Así, en los casos de quebrantamiento consentido, se dan los elementos objetivo y normativo, pudiendo atenuar la responsabilidad criminal.

En conclusión, de este breve análisis de la jurisprudencia en la aplicación del artículo 468.2 CP y cómo actúa el consentimiento, se puede terminar diciendo que se ha pasado de una Sentencia como la del 26 de septiembre de 2005, donde se otorgaba una especial relevancia al consentimiento de la víctima, al momento presente en el cual en un delito como el quebrantamiento de condena, ese consentimiento es prácticamente irrelevante.

²⁰² FARALDO CABANA, P; IGLESIAS SKULJ, A; página 161

²⁰³ SAP Madrid, Secc, 16ª 366/2013, de 23 de mayo de 2013: en su Fundamento Jurídico Tercero hace referencia al error de prohibición, ya sea éste vencible o invencible, basado en un desconocimiento de la tipicidad de hecho o creencia de justificación, eximiendo o atenuando.

²⁰⁴ FARALDO CABANA, P; IGLESIAS SKULJ, A; página 162

CONCLUSIONES

La realización de este trabajo ha tenido como objetivo principal analizar el actual fenómeno de la violencia de género a partir de la regulación contenida en el Código Penal y los diversos textos normativos, así como algunas de las posturas que desde la doctrina y la jurisprudencia se han ido creando en torno a esta materia. Tras la redacción del trabajo puedo llegar a las siguientes conclusiones:

Primera. – Es necesario distinguir los conceptos de violencia de género y violencia doméstica, ya que son dos términos que en la práctica tienden a confundirse. Se deben precisar las características propias y las diferencias entre ambos términos, como los sujetos que intervienen encada uno de ellos, castigando de manera más grave las agresiones del hombre sobre la mujer.

Segunda. – En relación con lo anterior, hay que decir que son muchas las cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por esta diferencia punitiva entre los dos tipos de agresiones, las cuales se basan en la vulneración del principio de igualdad, de culpabilidad y de proporcionalidad. Todas estas dudas expuestas por los Tribunales han sido resultas por el Tribunal Constitucional de forma similar, haciendo hincapié en que las agresiones del hombre hacia la mujer presentan un desvalor mayor.

El origen de estas agresiones se encuentra en el contexto social, donde ha existido una desigualdad entre los hombres y las mujeres en el ámbito de la pareja, donde el género femenino siempre ha estado expuesto a una discriminación o subordinación por parte de sus parejas masculinas. Unido a esto, se encuentra el factor cuantitativo, es decir, la mayor cantidad de casos donde la mujer es la víctima han propiciado que el legislador se vea, en parte, obligado a establecer estas diferencias punitivas en base a los sujetos.

Sin embargo, en mi opinión, aunque se tachen de gravísimos los actos contra la mujer por los datos sociales anteriormente expuestos, cosa que no dudo, cuando el hombre es la víctima de esas conductas violentas, éstas son igual de graves y aunque no se produzcan por esos mismos motivos, de cierta manera el hombre está sufriendo una situación de subordinación o discriminación por parte de su pareja femenina.

Tercera. – La entrada en vigor de la LO 1/2004, ha supuesto un gran avance para combatir este fenómeno de la violencia de género ya que se crean mecanismos para que las víctimas puedan acudir y denunciar los hechos, así como determinadas medidas de protección cuando ya se han producido hechos calificados de violencia de género.

Las agravantes introducidas por esta LO 1/2004 van encaminadas a dar respuestas a la violencia de determinados hombres ejercen sobre sus parejas presentes o pasadas mujeres, en la específica relación sentimental aprovechando la superioridad que dicha relación le proporciona, no así en otros supuestos cuando no existe ese ámbito de pareja.

Cuarta. – Con respecto a la posible vulneración del principio de proporcionalidad, los preceptos penales que regulan las formas de ejercer esta violencia de género, recogen tanto los tipos básicos de lesiones, maltrato, amenazas o coacciones, como las agravantes por ser el sujeto pasivo mujer unida al agresor por una relación afectiva actual o pasada, así como determinadas atenuantes que tendrán en cuenta, para su aplicación, las circunstancias concretas de cada caso. De esta forma, no puede mantenerse la idea de que no existe proporcionalidad entre los hechos (a menudo recogidos como *“el que de modo leve amenace”* o *“el que cause una lesión de menor gravedad”* ...), ya que, si el Juez aprecia que no se dan las circunstancias para aplicar los subtipos agravados, podrá hacer uso de los distintos mecanismos que recoge el artículo.

Quinta. – Tanto a nivel nacional como internacional se está potenciando la lucha contra este tipo de actos violentos, incorporando la agravante por razones de género recogida por primera vez en el Convenio núm. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. Esta agravante se añade al resto de circunstancias que agravan la pena en el artículo 22.4º CP y es una de las modificaciones que ha traído consigo la entrada en vigor de la LO 1/2015, que reforma el Código Penal de 1995. Sin embargo, en el caso de los delitos que regulan las formas de violencia de género, éstos ya recogen distintos tipos penales agravados por razón, precisamente, del género de la víctima y no parece razonable que se vuelva a agravar la pena, ya que podría vulnerarse, como he explicado en el trabajo, el principio non bis in

ídem. Podría aplicarse en otros tipos de delitos, incluso si la mujer es el sujeto activo, dando soluciones a las dudas sobre la vulnerabilidad o no del principio de igualdad.

Sexta. – Por último, respecto a las medidas que se imponen tanto de manera cautelar tanto como penas accesorias en sentencia firme, en este trabajo se pone de manifiesto las consecuencias penales de quebrantar éstas, analizando el artículo 468.2 CP. Se desarrolla en qué consisten esas medidas interpuestas a favor de la mujer y qué ocurre cuando esas medidas se vulneran mediando el consentimiento de la mujer, si existe punibilidad del mismo modo o nos encontramos ante una circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

BIBLIOGRAFÍA.

ASÚA BATARRITA, A., “Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, en Cuadernos Penales José María Lidón “*Las recientes reformas penales: algunas cuestiones*”, Bilbao, 2004.

BOLEA BARDÓN, C., “En los límites del derecho penal frente a la violencia doméstica y de género”, en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2007

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., (Coord.) *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Editorial Comares, 2007

FARALDO CABANA, P., “Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006.

FARALDO CABANA, P; IGLESIAS SKULJ, A; “*Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*”; Editorial Comares, Granada 2010

FUENTES OSORIO, J.L., “Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006.

GARCÍA ÁLVAREZ, P., “Precedentes de la denominada *violencia de género* en el Código penal español. Apuntes críticos” en “*Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*”, Editorial Tirant lo Blanch Monografías, Valencia, 2009

GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E., FIGUEROA NAVARRO, C., *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Edisofer S.L. Madrid, 2015

GORJÓN BARRANCO, M^a C., “*La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual*”, Editorial Iustel, 1^a Edición, Madrid, 2013

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J; “*Algunas reflexiones sobre el quebrantamiento inducido o consentido*”, La Ley Integral, un estudio multidisciplinar, 2009, ISBN 978-84-9849-392-4, págs. 395-419 <https://app.vlex.com/#vid/quebrantamiento-inducido-consentido-70133767>

LAURENZO COPELLO, P., “La violencia en la Ley Integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005

LAURENZO COPELLO, P., MAQUEDA, M.L., RUBIO, A., “*Género, violencia y derecho*”, Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

LAURENZO COPELLO, P., (Coord.) et alii, “*La violencia de género en la Ley Integral*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

LORENTE, M., http://sociedad.elpais.com/sociedad/2009/06/12/actualidad/1244757607_850215.html en El País, 12 de junio de 2009.

MAGRO SERVET, V., “Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género”, en Diario la Ley nº 5389, Sección Tribuna 14 de mayo 2015.

MAQUEDA ABREU, M^aL., “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006

MARUGÁN, B., “*La violencia de género*” en *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, 2013.

MORILLAS CUEVA, L., “Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2002

MUÑOZ CONDE, F., “*Derecho Penal. Parte especial*” 18ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PERAMATO MARTÍN, T., “Aspectos jurídicos de la violencia de género. Evolución”, en *Cuadernos de la Guardia Civil* nº 54, 2015.

PÉREZ RIVAS, N; “*Cuando la respuesta penal a la violencia de género se vuelve contra la víctima: aproximación a la realidad española*” *Polit.Crim*, Vol. 11, nº21 (Julio 2016).

RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., (Coord.) *et alii.* “*Violencia en la familia. Estudio Multidisciplinar*”, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2010.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J., “La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010.

VALEIJE ÁLVAREZ, I; “*Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 CP y del delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 CP*”; Profa Titular de Derecho Penal de la Universidad de Vigo;

VILLACAMPA ESTIARTE, C., (Coord.), “*Violencia de género y sistema de justicia penal*”, Editorial Tirant lo Blanch, 2008.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Sentencias del Tribunal Constitucional.

- STC 128/1987, de 16 de junio
- STC 222/1992, de 11 de diciembre de 1992
- STC 229/1992, de 14 de diciembre de 1992
- STC 59/2008, de 14 de mayo
- STC 95/2008, de 24 de julio
- STC 45/2009, de 19 de febrero
- STC 41/2010, de 22 de julio

Sentencias del Tribunal Supremo:

- STS núm. 3365/1990, (Sala de lo Penal), de 23 de abril de 1990.
- STS núm. 1162/2004, (Sala de lo Penal), de 15 de octubre de 2004.
- STS núm. 1159/2005, (Sala de lo Penal), de 10 de octubre de 2005.
- STS 1156/2005, de 26 de septiembre de 2005
- STS núm. 81/2008, (Sala de lo Penal), de 17 de julio de 2008.
- STS núm. 539/2009, (Sala de lo Penal), de 21 de mayo de 2009
- STS núm. 127/2009 (Sala de lo Penal), de 26 de mayo de 2009

Sentencias de Audiencias Provinciales:

- SAP de Barcelona (Sección 6ª), núm. 705/2005, de 9 de agosto [JUR 2007/43576]
- SAP Guipúzcoa, Secc. 1ª, de 26 de septiembre de 2006
- SAP Soria, Secc.1ª de 19 de febrero de 2007
- SAP de Bizkaia (Sección 6ª), núm. 1034/2007, de 14 de diciembre.
- SAP Jaén, Sección 3ª 160/2011, de 6 de julio
- SAP Madrid, Secc, 16ª 366/2013, de 23 de mayo de 2013