



Universidad
de Alcalá

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

TRABAJO FINAL DE MÁSTER

**LA LEY DE VIOLENCIA DE
GÉNERO: PROBLEMAS
DOGMÁTICOS Y
PROCESALES.**

**THE LAW OF VIOLENCE DE
GENDER VIOLENCE:
DOGMATIC AND
PROCEDURAL PROBLEMS.**

Autora: D^a Elisa Hernaiz Moya.

Tutor: D. Carlos García Valdés.

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**
 - 2.1. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO.**
 - 2.2. DELITOS QUE ENGLOBAN LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**
- 3. PANORAMA LEGISLATIVO.**
 - 3.1. EVOLUCION LEGISLATIVA**
 - 3.2. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL: REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. NUEVOS DELITOS.**
- 4. PROBLEMAS DOGMÁTICOS DE LA LEY 1/2004.**
 - 4.1. DISCRIMINACIÓN POSITIVA.**
 - 4.2. JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA.**
 - 4.3. DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN LAS NORMAS PENALES.**
- 5. PROBLEMAS PROCESALES DE LA LEY 1/2004.**
 - 5.1. VALOR DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA Y CONDICIONES DE LA DECLRACIÓN.**
 - 5.2. QUEBRANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO.**
- 6. VIOLENCIA DE GÉNERO Y PROTECCIÓN DE MENORES.**
 - 6.1. CAMBIO NORMATIVO.**
 - 6.2. EL RÉGIMEN DE VISITAS: LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE ESTA SITUACIÓN.**
- 7. LA MEDIACIÓN PENAL Y CIVIL EN VIOLENCIA DE GÉNERO.**
- 8. PERSPECTIVA DE FUTURO.**
- 9. CONCLUSIONES.**
- 10. BIBLIOGRAFÍA.**

1. INTRODUCCION.

La violencia de género ha sido y sigue siendo una enorme lacra en la sociedad española lo que ha provocado un sinnúmero de reformas legislativas que han tratado de dar solución a este problema.¹ Pero la más significativa fue la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género presentada por el PSOE el 7 de junio de 2004 y que en diciembre del mismo año se aprobó en el Congreso de los Diputados de forma unánime.

Esta Ley en su exposición de motivos determinaba que los poderes públicos no pueden desentenderse de este tipo de violencia debiendo preocuparse de los aspectos educativos, sociales y asistenciales que merece, puesto que la violencia que se ejerce sobre las mujeres es uno de los ataques más graves contra derechos fundamentales como la vida, la libertad, la seguridad y la no discriminación² lo que nos da una imagen de la enorme preocupación por parte de los organismos del Estado, fundamentada en los altos índices de mortalidad de mujeres en manos de sus parejas o exparejas.³

A pesar de la gran acogida de esta norma por muchos sectores, que estimaban sería de gran ayuda para la erradicación de esta cuestión, otros creían que la LO 1/2004 nacía estableciendo desigualdades entre hombres y mujeres innecesarias.⁴

Por ello en el presente trabajo trataremos de analizar las lagunas que a ojos de la doctrina presentaba dicha normativa, tales como la discriminación positiva sobre la cual tuvo que pronunciarse el Tribunal Constitucional,

¹ Boletín del Ministerio de Justicia. (2015) *La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del Artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427358027?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1503_MART%C3%8DNEZMORA.pdf&blobheadervalue2=1288790579474

² Exposición de motivos, LO 1/2004, de 28 de diciembre.

³ Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2003. Ministerio de sanidad, servicios Sociales e Igualdad: Gobierno de España.

⁴ España. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004. (Pp 18-23). Consultado el 1 de julio de 2017 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer>

debido a las múltiples cuestiones de inconstitucionalidad que presentaron jueces y magistrados ante éste órgano, así como los diversos problemas procesales que se han producido en los procesos judiciales como, entre otros, la dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la LECrim y el quebrantamiento de condena cuando se produce una reconciliación entre las partes.

Así mismo se quiere hacer también una visión sobre cómo este tipo de conflictos y delitos afectan a su vez en los procedimientos de separación y divorcio, haciendo especial mención a los casos en los que hay menores víctimas de esta violencia de por medio y la actuación de los Tribunales en este tipo de casos.

No puede faltar en el presente trabajo el análisis sobre el último gran pacto institucional del pasado mes de julio que pretende acabar con este tipo de violencia a través de la implantación de 200 medidas y una dotación económica de 1.000 millones de euros. Nos servirá de guía también para entender como la Ley 1/2004 fue un gran punto de partida en esta lucha pero que, sin embargo, no ha conseguido su implantación con un éxito total.

2. CONCEPTO DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

2.1. DEFINICIÓN DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

La Asamblea General de las Naciones Unidas declaró en el año 1993, a través de la aprobación de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer, que este tipo de conducta es “cualquier acción de violencia ejercida sobre la mujer que tenga como consecuencia un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico de la mujer. Se entiende, a su vez, como violencia contra la mujer las amenazas de realizar éstos actos, así como la coacción o la privación de libertad, siendo indiferente que esto se produzca en la vida privada como en la pública”.⁵ Esta Declaración fue la primera definición del término “violencia de género”,

⁵ Naciones Unidas. (2015). *Mujer: eliminación de la violencia*. Consultada el 16 de abril de 2017 en <http://www.un.org/es/globalissues/women/violencia.shtml>.

En la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en 1.995, se aprobó la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción, dedicada a la problemática de la violencia sobre la mujer, ratificando el concepto dado por las Naciones Unidas. En la Declaración de Beijing se declaró que la violencia de género engloba “la violencia física, sexual y psicológica en la familia, el abuso sexual a niñas dentro el ámbito familiar, la violencia perpetrada por parte del marido, la mutilación genital u otras prácticas, así como la violencia llevada a cabo por persona distinta al marido, la explotación a mujeres, las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento, la violencia sexual en el trabajo, como podría ser la intimidación dentro de éste, el tráfico de mujeres o la prostitución forzada, sin olvidar cualquier violencia física, sexual o psicológica que sea aceptada por parte de un Estado”.⁶

En España la primera ley que ha pretendido ofrecer un concepto sobre esta cuestión ha sido la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, definiendo este tipo de violencia de forma más limitadas y restrictiva. En concreto, el artículo 1ª conceptuó la violencia de género como “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”.⁷

Se trata de una ley sectorial que pretende dar una respuesta integral a determinado tipo de violencia hacia las mujeres. El ámbito de aplicación de la ley es limitado en cuanto no afecta a todos los posibles actos de violencia hacia la mujer sino aquéllos que se producen en el contexto de una relación afectiva. En este contexto, en cambio, la ley pretende penar todo acto de violencia física o psicológica hacia la mujer, y como declara Naciones Unidas, incluyendo las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. La reciente reforma del Código Penal ha tipificado nuevas conductas que suponen una forma de ejercer violencia sobre las mujeres y cabe destacar que la sanción de las agresiones a las mujeres

⁶ Sanz-Díez de Ulzurum Escoriaza. J. (2005). Introducción. Sanz-Díez de Ulzurum Escoriaza y Moya Castilla. J.M. *Violencia de Género: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*. (p.38). Barcelona: Ediciones Experiencia.

⁷ España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial Estado*, de diciembre de 2004, núm. 313. Arts. 1 y 2.

fuera del ámbito de una relación afectiva se produce mediante la aplicación de las normas ordinarias del Código Penal.

Puede concluirse, por tanto, que la violencia de género es aquella que se ejerce por un hombre hacia una mujer. La violencia en sentido inverso no se incluye en esta categoría como tampoco la que pueda llevarse a cabo entre parejas homosexuales. Debe quedar claro, que nuestra Ley hace hincapié en que víctima y agresor han de haber mantenido una relación sentimental, aún sin convivencia, para que pueda darse una situación de violencia de género, quedando fuera cualquier tipo de violencia donde no haya relación afectiva.⁸

2.2. DELITOS QUE ENGLOBALAN LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Cualquier delito violento puede ajustarse a la definición de violencia de género que establece el artículo 1.1 de la LO 1/2004. Así pues, delitos como el homicidio, asesinato, lesiones, coacciones, amenazas o detención ilegal, aunque no están tipificados en nuestro ordenamiento como delitos específicos de violencia de género, tendrán esa consideración cuando se cumplan los requisitos que recoge la ley⁹, es decir, que se produzcan en el seno de una relación de afectividad y que la víctima sea la mujer, novia o compañera del agresor, aun no mediando convivencia entre ellos.

No obstante lo anterior, algunos delitos tienen un tratamiento singular. En los artículos 147.1 y 148.1 CP y en relación con el tipo básico de lesiones se castigan más gravemente las lesiones causadas por el hombre a la mujer en el contexto de una relación convivencial¹⁰; el delito de lesiones leves y maltrato de obra del artículo 153.1¹¹ del CP se castiga más gravemente si la víctima es

⁸ Sanz-Díez de Ulzurum Escoriaza. J. (2005). Introducción. Sanz-Díez de Ulzurum Escoriaza y Moya Castilla. J.M. *Violencia de Género: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*. (p.39). Barcelona: Ediciones Experiencia.

⁹ Ramos Ribas. E. (2014). *Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual. Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 33, nº0. Consultado el 20 de abril de 2017 en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1323>.

¹⁰ Artículo 148 del Código Penal. "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: 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia".

¹¹ Artículo 153 del Código Penal. "1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o

la mujer; los mismo ocurre con el delito de amenazas leves del artículo 171.4 del CP¹² y con el delito de coacciones leves del artículo 172.2¹³. En base a la

golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2 exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años”.

¹² Artículo 171.4 del Código Penal. “El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. 5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, 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 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

¹³ Artículo 172.2 del Código Penal. “El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, 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 o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, 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.

3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado

LO 1/2015 de 30 de marzo se añade el artículo 172 bis¹⁴ que pena a aquel que obligue a otro a contraer matrimonio así como el artículo 172 ter¹⁵ que introduce el delito de hostigamiento. Otra forma de ejercer violencia sobre las mujeres es a la que se refiere el también nuevo artículo 197¹⁶ del reformado

del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior”.

¹⁴ Artículo 172 bis del Código Penal. “1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. 2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo. 3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad”.

¹⁵ Artículo 172 ter del Código Penal. “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella. Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

¹⁶ Artículo 197 del Código Penal. “1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Igualmente se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realice la conducta descrita en el párrafo anterior. 4. Los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo serán castigados con una pena de prisión de tres a cinco años cuando: a) Se cometan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros; o b) se lleven a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Si los datos reservados se hubieran difundido, cedido o revelado a terceros, se impondrán las penas en su mitad superior. 5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad

Código Penal que tipifica la conducta de intromisión en la intimidad de la víctima cuando se produzca la difusión de imágenes obtenidas con el consentimiento de ésta pero sin autorización para la difusión. En su apartado séptimo dicta que se castigará en su mitad superior cuando exista o haya existido relación análoga de afectividad aún sin convivencia. Por otra parte en el artículo 173.2¹⁷ se regula el delito de maltrato habitual y se ha introducido un apartado cuarto que especifica la pena cuando se cometan injurias o vejaciones injustas de carácter leve¹⁸. El artículo 468 del CP hace referencia al delito de quebrantamiento de pena o medida cautelar de alejamiento.

necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior. 6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado anterior, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años. 7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

¹⁷ Artículo 173.2 del Código Penal. “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 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica. 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 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. En los supuestos a que se refiere este apartado, podrá además imponerse una medida de libertad vigilada”.

¹⁸ Artículo 173.4 del Código Penal. “Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre 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, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.

Por lo tanto, la Ley a que nos venimos refiriendo convirtió en delito las faltas de lesiones y estableció un trato más severo para los tipos de lesiones más comunes si la víctima era la mujer vinculada al agresor por una relación de convivencia. A su vez, las amenazas o coacciones leves pasaron a convertirse en delito cuando fuera una mujer el objetivo de la agresión.

Cabe destacar que una de las notas más relevantes de la LO 1/2004 es que en el artículo 173.2 CP y en relación con el maltrato habitual no se estableciera un trato preferente hacia la mujer en tanto que los sujetos pasivos de este delito eran y son los ascendientes, descendientes, hermanos o personas que se hallen bajo la tutela del agresor, entre otros, por lo que este tipo penal protege o hace referencia no a la violencia de género sino a lo que se conoce por “violencia doméstica”.

Este delito, que es central en el tipo de violencia que estamos analizando, establece en el artículo 173.2, en su párrafo segundo, que se impondrá una pena en su mitad superior cuando cualquiera de los delitos anteriormente mencionados sea perpetrado delante de un menor o utilizando un arma, así como llevar a cabo la agresión en el domicilio común o quebrantando cualquier medida cautelar, de seguridad o prohibición. Por último, conviene hacer mención al apartado tercero de este precepto que menciona el concepto de habitualidad, concluyendo que la violencia física o psíquica ejercida a las personas enumeradas en ese mismo artículo, si se realiza de “manera habitual”, habrá de ser calificada como un delito contra la integridad moral.¹⁹

3. PANORAMA LEGISLATIVO.

3.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.

No es posible hablar de las sucesivas reformas y mejoras en materia de violencia de género en nuestro país sin hacer un repaso por los antecedentes internacionales y europeos que desencadenaron el cambio legislativo en España.

Las desigualdades sociales entre hombres y mujeres habían sido objeto de debate en distintas instituciones internacionales, produciéndose un incremento

¹⁹ Muñoz Conde. F. (2010). *Derecho Penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

de preocupación en torno a la violencia, discriminación y desigualdad económica o laboral que sufrían las mujeres en todo el planeta. En 1975, las Naciones Unidas declararon el Año Internacional de la Mujer y en 1993, como se ha dicho anteriormente, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena aprobó una Declaración que sentaba las bases para reconocer y alcanzar la igualdad de hombres y mujeres.²⁰

Sin embargo, no fue hasta el período que abarca de 1975 a 1995 cuando se realizaron las cuatro conferencias mundiales sobre la mujer y la comunidad internacional decidió marcar un objetivo común en la lucha contra las desigualdades entre hombres y mujeres.

Las tres primeras conferencias (México, 1975; Copenhague, 1980 y Nairobi, 1985), obtuvieron importantes mejoras, siendo quizá la más importante, el empeño manifestado por el Estados participantes por promover la igualdad de sexos. Pero hasta la llegada de la Cuarta Conferencia, Beijing 1995, los Estados no empezaron a tratar este tema como un asunto de importancia global, impulsando medidas tanto para las mujeres como para el conjunto de la sociedad, fortaleciendo social y políticamente el papel de la mujer.

La última Conferencia, Nueva York, 2000, analizó los objetivos alcanzados, ratificando el compromiso de los Estados en esta materia, siendo en esta Conferencia cuando se hizo una referencia más expresa a la violencia contra la mujer. Desde esa Conferencia se promovieron compromisos para incluir en los ordenamientos de los Estados nuevas leyes que afrontasen la realidad social que suponía la violencia contra las mujeres, así como contra el abuso de niñas o el que se producía en el seno de relaciones conyugales.²¹

Del mismo modo, en Europa surgía en 1997 como consecuencia de Beijing, se promovió una Campaña Europea de Tolerancia Cero frente a la violencia de género, teniendo como objetivo la sensibilización social y fomentar un plan legislativo en cada país europeo, desarrollando políticas públicas en esta

²⁰ Sanz-Díez de Ulzurum Escori aza, J. (2005). Introducción. Sanz-Díez de Ulzurum Escori aza y Moya Castilla. J.M. *Violencia de Género: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*. (p.16). Barcelona: Ediciones Experiencia.

²¹ España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio estatal de Violencia sobre la Mujer (2007). Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Madrid. (p.11-15).

Consultado el 22 de abril de 2017 en

http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1204104060_InformeAnualInternet.pdf

materia.²² En el año 1994 el Parlamento Europeo ya había adoptado una resolución situando el problema de la violación de los derechos y libertades de la mujer como un dilema a resolver por parte de todos los Estados. Finalmente, en el año 2004, mismo año en el que sale adelante la LO1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el Parlamento Europeo a través de un programa comunitario, sumió como objetivo luchar contra toda violencia ejercida en mujeres, niños o grupos en riesgo llevando a cabo medidas de protección y prevención a través de organismos gubernamentales y no gubernamentales.²³

Mientras tanto, España sufría un sinfín de cambios políticos y estructurales que junto con todo lo que acontecía en el plano internacional, hicieron posible la evolución de la mujer en nuestro país.

Es interesante analizar los antecedentes normativos españoles antes de la promulgación de la Constitución en 1978.

En el Código Penal de 1944 se tipificaban los delitos de adulterio, amancebamiento y uxoricidio, el asesinato a la mujer en manos de su marido²⁴, delitos que hasta la reforma del año 1963 se mantuvieron vigentes. A pesar de que se sucedieron múltiples reformas del Código, ninguna de ellas hizo referencia a los maltratos perpetrados en el seno familiar. Fue en 1978 cuando se despenalizaron los dos primeros delitos antes enunciados. Con la llegada de la Constitución Española y el reconocimiento pleno de los Derechos Fundamentales tales como la dignidad, derecho a la igualdad, la libertad o el derecho a la libertad de matrimonio, se inició el camino para conseguir una igualdad real entre hombres y mujeres²⁵, igualdad que siempre es un objetivo susceptible de búsqueda y mejora.

²² España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio estatal de Violencia sobre la Mujer (2007). Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Madrid. (p.16). Consultado el 22 de abril de 2017 en

http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1204104060_InformeAnualInternet.pdf

²³ Sanz-Díez de Ulzurum Escoriaza. J. (2005). Introducción. Sanz-Díez de Ulzurum Escoriaza y Moya Castilla. J.M. *Violencia de Género: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*. (p.17). Barcelona: Ediciones Experiencia.

²⁴ Real Academia Española. (2013). Diccionario de la lengua española (23.ª ed.). Consultada el 22 de abril de 2017 en <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=uxoricidio>

²⁵ Peramato Martín. T. (2007). *La violencia de género como manifestación de desigualdad. Ley integral*. Consultado el 23 de abril de 2017 de Centro de Estudios Jurídicos Sitio en http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Ponencia_escritaPERAMATO.pdf

Como ya se ha dicho, a pesar de las constantes reformas del Código Penal, ninguna de ellas introdujo el tipo penal básico en esta materia, el delito de violencia habitual, que castiga la conducta del arquetipo del maltratador machista y tampoco se dio un tratamiento especial a la violencia del hombre hacia la mujer. En efecto, la Ley Orgánica 3/1989, fue la primera en tipificar la violencia producida en el seno de la pareja, introduciendo el concepto de “habitualidad”, castigando a quien ejerciese violencia física sobre su cónyuge o persona unida por una relación de afectividad, así como a hijos menores o incapaces sometidos a tutela o guarda de hecho y que lo hiciese de manera habitual. Obsérvese que en esta Ley la violencia podía ser ejercida indistintamente por un hombre o por una mujer del mismo modo que víctima podían serlo ambos, siempre y cuando mantuviesen esa relación de afectividad. Además, dejaba fuera de regulación la violencia psicológica por lo que fue una Ley que no mejoró ni protegió la situación de violencia que sufrían las mujeres a manos de sus parejas, que era ya una lacra social en nuestro país.²⁶

Con la llegada de la Ley Orgánica 10/1995, modificadora del Código Penal, se tipificó el delito de lesiones habituales, además de extender el número de personas sobre las que recaían estos delitos, de tal modo que hijos de padres privados de la patria potestad, hijos del cónyuge y ascendientes entraban dentro de los tipos de violencia familiar como sujetos pasivos. Además, estas personas también debían convivir con el agresor. Sin embargo, antes de la llegada de la reforma definitiva llevada a cabo en el año 2004, aún en 1999 se sucedió otra Ley Orgánica, que tipificó como una forma más de violencia la psíquica.²⁷

También es muy importante poner de relieve las modificaciones procesales que acompañaron al cambio en las leyes sustantivas, dado que era de vital importancia que del mismo modo que se incrementaba la protección penal se

²⁶ España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio estatal de Violencia sobre la Mujer (2007). Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Madrid. (p.18-20). Consultado el 25 de abril de 2017 en

http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1204104060_InformeAnualInternet.pdf

²⁷ Rubido de la Torre. J.L. (2007). *Ley de Violencia de Género: Ajuste de constitucionalidad en materia Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

adecuarla la Ley de Enjuiciamiento Criminal para garantizar un adecuado y efectivo tratamiento procesal.

La protección a la víctima de los delitos tenía una regulación parca y muy genérica en el artículo 13 de la LECrim y no había sido un instrumento que garantizase esa protección. Buena parte de las críticas sociales a la situación existente es que, pese a reiteradas denuncias, la decisión judicial llegaba tarde, cuando la mujer había sido víctima de una agresión grave o incluso cuando había fallecido a manos de su pareja.

La Ley 14 /1999 modificó el sistema de medidas cautelares introduciendo los artículos 544 bis y 544 ter²⁸, que tenían por objetivo intensificar la defensa de las víctimas haciendo que existiese un alejamiento entre víctima y agresor durante la práctica de las diligencias preliminares correspondientes.²⁹

Posteriormente y por la Ley 38/2002 se instauró el procedimiento rápido para determinados delitos, singularmente los de violencia familiar, y se establecieron reglas para propiciar una instrucción más sencilla. Por último, la medida más importante y resolutive se produjo con la ley 27/2003, de 31 de Julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica que, además de introducir la posibilidad de adoptar medidas cautelares tanto civiles como penales por parte del Juzgado de Instrucción que conozca del asunto, fue la primera Ley en separar los conceptos violencia doméstica y violencia de género. En ese mismo año se modificó una vez más la LECrim permitiendo que se pudiera adoptar la prisión provisional como una de las medidas cautelares posible por la comisión de los delitos ya mencionados.³⁰

Se trata pues, de poner en contexto la difícil tarea del legislador en esta materia. Han quedado reflejadas las innumerables reformas que se efectuaron para hacer frente a esta lacra social y que en vista del escaso éxito que

²⁸ García Ortiz. L. 2006. Medidas Judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la ley Integral. Cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el ordenamiento. García Ortiz. L. y López Anguita. B. *La Violencia de Género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. (págs. 66-110). Madrid: LERKO PRINT, S.A.

²⁹ España. Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección de las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, de 10 de junio de 1999, núm. 138, art. 1.

³⁰ España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio estatal de Violencia sobre la Mujer (2007). Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Madrid. (p.21-24).

Consultado el 25 de abril de 2017 en

http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1204104060_InformeAnualInternet.pdf

producían desembocaron en la ya mencionada Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Ley que gracias al esfuerzo de aunar todos los mecanismos judiciales en esta lucha, perdura hasta la actualidad, no exenta tampoco de fallos y puntos mejorables.

Es por esto también, que en el año 2014 nuestro país ratificó el Convenio de Estambul sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en la que la definición de violencia de género se amplió entendiéndose por violencia contra las mujeres “ la violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”³¹

La ratificación de dicho Convenio sumado al imparable ascenso de víctimas en nuestro país por culpa de este tipo de violencia a forzado a los partidos políticos a aunarse en esta lucha, lo que ha desembocado en el esperado pacto común contra la violencia de género llevado a cabo en el mes de julio de 2017 y el cual el Gobierno Ejecutivo de España se ha comprometido a hacer eficaz en los próximos 4 meses.

3.2. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL: LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL. NUEVOS DELITOS.

En base a las estadísticas, se podía concluir que las reformas y medidas llevadas a cabo hasta el momento no sólo no mostraban un descenso en el número de muertes por violencia de género, sino que además aumentaban. Así, el año 2001 se produjo un total de 54 mujeres asesinadas a manos de sus parejas o ex parejas, siendo 51 en el año 2002, 81 en el 2003 y 84 en el 2004. Debe mencionarse, el número de muertes de hombres dentro de éste ámbito siendo 23 en el año 2001, 17 en el 2002, 22 en el 2003 y 16 en el 2004.³²

³¹ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica. Consultado el 27 de abril de 2017 en <https://rm.coe.int/1680462543>

³² España. Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Resumen informe muertes violentas en el ámbito familiar 2001-2005. Consultado el 25 de abril de 2017 en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del->

Esto sumado a todo lo anterior, trajo consigo la LO 1/2004, con el objetivo de luchar contra la violencia ejercida por el hombre sobre la mujer en relaciones de afectividad, incluyendo la expresión “violencia de género” dentro de la violencia doméstica. Por otro lado, se crearon los Juzgados de Violencia contra la mujer, donde se recibirían todas las denuncias en primera instancia de esta materia. Además, esta Ley siguió incluyendo a descendientes, incapaces o menores, propios o de la mujer, dentro de las personas de especial vulnerabilidad que habían de ser objeto de protección, considerando que son víctimas indirectas de la violencia de género.³³

El precedente de esta Ley, como se ha dicho, fue la Orden de Protección del año 2003, que hizo que un mismo órgano jurisdiccional pudiese conocer tanto de medias cautelares civiles como penales. De esta manera, ante el Juzgado de Instrucción y de forma rápida y fácil, las víctimas podían obtener protección a través de medidas cautelares civiles, penales y asistenciales. La Orden de Protección es una resolución judicial que separa a los contendientes de forma rápida evitando que se reproduzcan situaciones de enfrentamiento y establece las medidas penales y civiles que permitan ordenar la convivencia, si tienen hijos comunes, y garantizar mediante disposiciones eficaces la separación y falta de comunicación de los afectados. El presupuesto para su adopción es la acreditación y existencia de indicios de una situación de riesgo para la persona a quien se pretende proteger. Las medidas son de dos tipos: las penales consistentes en una orden de alejamiento, la prohibición de comunicación, la prohibición de volver al lugar del delito o residencia de la víctima y la retirada de armas o la privación de libertad. Las medidas civiles que se pueden llevar a cabo son, entre otras, la prestación de alimentos, el régimen de custodia, visitas y comunicación con los hijos.³⁴

[Observatorio/Informes-de-violencia-domestica/Resumen-informe-muertes-violentas-en-el-ambito-familiar-2001-2005](#)

³³ Montalbán Huertas. I. 2006. La Ley integral contra la Violencia de Género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial. García Ortiz. L. y López Anguita. B. *La Violencia de Género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. (págs. 27-31). Madrid: LERKO PRINT, S.A.

³⁴ España. Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género. La Orden de Protección. Consultado el 27 de abril de 2017 en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica/Resumen-informe-muertes-violentas-en-el-ambito-familiar-2001-2005>

Ya se han mencionado algunas de las reformas que ha introducido la Ley Orgánica 1/2015, que entró en vigor el pasado día 1 de Julio, añadiendo nuevos delitos y nuevas disposiciones específicas relacionadas con la violencia de género. Así, se introduce el delito de matrimonio forzado o el delito de hostigamiento (stalking). Se procede a penalizar la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas que hayan sido captadas con la autorización de la víctima pero que posteriormente ésta no haya dado su consentimiento de difusión (sexting). Los actos que alteren o impidan el correcto funcionamiento de los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento se incluyen dentro de los delitos de quebrantamiento.

Cabe mencionar que se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante del artículo 22.4 del CP. Sin embargo esta agravante no se aplicará a los delitos que ya están especialmente agravados por constituir violencia de género.³⁵

4. PROBLEMAS DOGMÁTICOS

4.1. DISCRIMINACIÓN POSITIVA.

Se entiende por discriminación positiva la política social que mejora la calidad de vida de ciertos grupos desfavorecidos dentro de la sociedad. Lleva aparejada la búsqueda de que un determinado grupo social, étnico o minoritario que históricamente haya sufrido discriminación a causa de injusticias sociales, reciba un trato preferente a la hora de acceder o beneficiarse de recursos o servicios, siendo el objetivo que estos grupos mejoren su calidad de vida. La finalidad de estas acciones es que sean recompensados por la discriminación que sufrieron en el pasado haciendo que la situación en desventaja social desaparezca.³⁶

³⁵ España. 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. Boletín Oficial del estado, 31 de marzo de 2015. Núm 77. Sec. I. Pág. 27061. Consultada el 21 de mayo de 2017 en <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>

³⁶ Sociólogos: Blog de Sociología y Actualidad. Pardilla Fernández. S. (2012). *¿Qué es la discriminación positiva?* Consultado el 21 de mayo de 2017 en <http://sociologos.com/2012/08/09/que-es-la-discriminacion-positiva/>

Desde su nacimiento, la Ley Orgánica 1/2004 fue duramente criticada por entenderse contraria al principio de igualdad proclamado en la Constitución Española, que en su artículo 14 establece que *“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”*. La discusión radicaba en la preferencia que esta Ley le brinda a la mujer, que producía, según los argumentos de los críticos de la norma, una desigualdad entre hombres y mujeres tanto en lo que se refiere a la distinta tipificación penal de las conductas como a su tratamiento procesal mediante la creación de juzgados especializados.

Para entender el problema es importante analizar lo que suponen las políticas de acción positiva y la discriminación positiva.

Las acciones positivas son ventajas concedidas a un grupo discriminado (en este caso la mujer) con la pretensión de que con esas medidas el grupo comience a ser respetado y se establezca una igualdad de oportunidades. Estas políticas están encaminadas a mejorar la calidad de vida de estos grupos que históricamente han estado en desventaja haciendo que adquieran los mismos derechos y oportunidades que los grupos más favorecidos.

Este tipo de políticas tiene su fundamento en el artículo 9.2 de nuestra Constitución en el que se establece que *“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”*. Mediante las políticas de acción positiva se procura reparar la dificultad que ciertos ciudadanos sufren para acomodarse a lo que dispone el artículo 14 de la CE en relación con la igualdad de todos los españoles.

Por otro lado, el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, también establece que la adopción de medidas que ofrezcan ventajas a la mujer no perjudica al principio de igualdad.³⁷

³⁷ Art. 23. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 18 de diciembre de 2000. Consultado el 23 de mayo de 2017 en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Por todo ello, el Consejo General del Poder Judicial, exponía en su Informe del Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, que la acción positiva es plenamente admisible para fomentar la igualdad laboral o funcional entre hombre y mujeres, el acceso a bienes como viviendas, información o sanidad o también en el llamado sistema de cuotas en materia electoral o de representación política. Sin embargo, el CGPJ, en su informe preceptivo sobre la L.O. 1/2004 entendió que este tipo de medidas en ningún caso han de ser duraderas, sino que han de ir desapareciendo paulatinamente cuando se alcance esa igualdad y además, no pueden suponer en ningún caso el impulso de un grupo en detrimento del otro.³⁸

El CGPJ fue además muy crítico con las normas penales y, sin perjuicio de los votos particulares de nueve de sus componentes, informó desfavorablemente la ley por entender que el distinto tratamiento de la violencia del hombre hacia la mujer, tanto en el plano penal como en el procesal, era un supuesto de discriminación contrario al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española.

Como se explicaba anteriormente, la acción positiva permite elevar las posibilidades de un determinado grupo para obtener ciertos recursos, que en un primer momento le son difícilmente accesibles por hallarse en desigualdad. Por consiguiente, el CGPJ comprendía que a la hora de salvaguardar el derecho fundamental de tutela penal y procesal, no existía un punto de partida desigual entre hombres y mujeres. El hecho de la creación de nuevos órganos judiciales previstos para conocer de la violencia doméstica y encaminados a tutelar los bienes de las mujeres suponía a ojos del Consejo un desajuste considerable entre ambos grupos puesto que la tutela judicial no es un “bien escaso” ni excluye a nadie, como tampoco entendía que la inclusión de estos nuevos órganos judiciales puedan apartar a los hombres dado que dichos órganos se creaban para mejorar las deficiencias del sistema jurídico en esta materia. Concluía el CGPJ que podría hablarse más bien de una discriminación negativa y no tanto positiva puesto que a su parecer, comportamientos iguales, son más duramente penados al varón que a la mujer. Además la Ley Integral

³⁸ España. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004. (Pp 18-23). Consultado el 25 de mayo de 2017 en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contrala-violencia-ejercida-sobre-la-mujer>

excluye a los hombres de los posibles beneficios que pudieran tener los nuevos órganos judiciales por lo que el fomento de medidas de discriminación positiva no debe ser aplicado al ámbito penal ni tampoco al orgánico judicial.³⁹

A pesar de la aprobación del Informe al Anteproyecto de Ley, nueve miembros del Consejo formularon voto particular oponiéndose al dictamen.

Así, este sector entendía que la futura norma era plenamente constitucional puesto que las medidas de discriminación positiva no vulneraban en modo alguno el principio de igualdad que proclama el artículo 14 de la CE, alegando, además, que los organismos del Estado son los encargados de alcanzar la igualdad entre sexos, lo que justificaría cualquier tipo de medida que proponga llegar a la totalidad de aquélla. De esta manera la Ley integral sería del todo necesaria para luchar contra la violencia de género sin que en ningún caso pueda entenderse que se le dota al sector femenino de un privilegio, como bien marcaba la jurisprudencia internacional, la jurisprudencia de tribunales de Derechos Humanos o la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, al aplicar políticas de discriminación positiva. Por último, estos votos particulares destacan que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en numerosas ocasiones sobre esta jurisprudencia internacional, creyéndola del todo ajustada a la norma suprema, como recuerdan la existencia de otros Juzgados especializados (Juzgados de Familia, de menores o de Vigilancia Penitenciaria) que en absoluto habían sido objeto censura por supuestas desigualdades.⁴⁰

La norma fue muy controvertida como lo demuestra el que se interpusieran casi 200 cuestiones de inconstitucionalidad por jueces y magistrados una vez que entró en vigor la Ley 1/2004. La mayoría de estas cuestiones versaron sobre la constitucionalidad de los artículos 171.4 y 171.6 y el artículo 153.1 del Código Penal de los que más adelante hablaremos.⁴¹ Se ha comentado más arriba que dicho precepto aumenta la pena en caso de que sea un hombre el que agrede a una mujer cuando ésta haya mantenido una relación conyugal o haya

³⁹ España. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004. (Pp 23-24). Consultado el 25 de mayo de 2017 en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contrala-violencia-ejercida-sobre-la-mujer>

⁴⁰ España. Consejo General del Poder Judicial. Votos particulares al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004.

⁴¹ Rubido de la Torre. J. L. (2007). *Ley de violencia de género: Ajuste de constitucionalidad en materia Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. Págs. 94-95.

estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, y muchos entendieron que esta previsión normativa era una flagrante violación del artículo 14 de la CE. Se admitieron a trámite 127 de éstas cuestiones y en la STC 59/2008, de 14 de Mayo, se declaró su constitucionalidad si bien no de forma unánime sino con 7 votos a favor y 5 en contra.⁴²

4.2. JUSTIFICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA.

El artículo 44 de la Ley 1/2004 modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial añadiendo un precepto mediante el cual se daba lugar a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que a partir de ese momento conocerían de los asuntos penales y civiles que englobasen una causa de violencia de género.⁴³

El Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo dispuso la puesta en funcionamiento de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Cuando se cometan delitos o faltas contra la mujer, conocerán estos juzgados especializados de la causa, además de los actos violentos cometidos sobre descendientes, menores e incapaces que pudieran estar conectados con un acto de violencia de género.

Que un solo juzgado en primera instancia pueda acumular jurisdicción penal y civil tiene como finalidad que el mismo juez que conozca de las situaciones de violencia conyugal pueda ser el mismo que decida sobre las consecuencias matrimoniales evitando así la victimización secundaria que provocan la multitud de declaraciones que ha de realizar la víctima. Asimismo, se buscaba que los distintos órganos institucionales pudiesen coordinarse mejor al organizar a las fuerzas y cuerpos de seguridad, a los servicios sanitarios y la atención a la víctima bajo el criterio de un solo juez.⁴⁴

Anterior al Informe realizado por el CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley, era el Acuerdo del Pleno de este mismo órgano realizado en el año 2001, en el que

⁴² El Constitucional avala la Ley Integral contra la Violencia de Género. (14 mayo de 2008). *El País*. Consultado el 2 de junio de 2017 en

http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/05/14/actualidad/1210716006_850215.html

⁴³ Art 44. LO 1/2004, de 28 de diciembre.

⁴⁴ Montalbán Huertas. I. 2006. La Ley integral contra la Violencia de Género 1/2004 como instrumento normativo. Balance de un año en el ámbito judicial. García Ortiz. L. y López Anguita. B. *La Violencia de Género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. (pág. 56). Madrid: LERKO PRINT, S.A.

se ponía de manifiesto la necesidad de especializar Juzgados en esta materia y como consecuencia del problema que seguía suponiendo la violencia doméstica en la sociedad. Se destacaba en él, la importancia de formar a jueces y magistrados y la necesidad imperiosa de coordinar los órdenes jurisdiccionales civiles y penales para que las decisiones tomadas en cada una de las jurisdicciones pudiesen complementarse de tal forma que lo sucedido en el núcleo familiar tuviese el mejor tratamiento posible.⁴⁵ En la Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del Pleno del CGPJ, sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica, vuelve a mencionarse importancia de armonizar ambas jurisdicciones⁴⁶ y, en el II Plan Integral Contra la Violencia Doméstica, aprobada por el Consejo de Ministros en el año 2001, se proponía analizar, de común acuerdo con el CGPJ, la posibilidad de que la instrucción de delitos y faltas de violencia doméstica se llevase a cabo en un mismo Juzgado en coordinación con los procedimientos civiles⁴⁷. Por último, la Ley 27/2003, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica, le otorgaba potestad al Juez de Instrucción para resolver tanto de las medidas penales como de las medidas civiles surgidas en un proceso de esta materia.⁴⁸ Cabe mencionar que esta especialización de juzgados se llegó a realizar en distintas localidades donde los juzgados conocían en exclusiva la instrucción, conocimiento y fallo de los delitos tipificados en el artículo 153 del CP o de las faltas de los artículos 617 y 620 del CP, así como de la adopción de medidas previstas para estos delitos y faltas. No obstante, este intento de especialización y coordinación no fue del todo fructífero al observarse cierto colapso y carga de trabajo en dichos juzgados, lo que llevó a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.⁴⁹

En el Informe al Anteproyecto de Ley formulado por el Consejo General del Poder Judicial ya analizado anteriormente, se mencionaba también la disconformidad de los magistrados con la creación de estos nuevos Juzgados.

⁴⁵ España. Guía práctica de actuación contra la violencia doméstica. Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001.

⁴⁶ España. Instrucción 3/2003, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de abril de 2003, sobre normas de reparto y registro informático de violencia doméstica.

⁴⁷ España. II Plan Integral contra la violencia doméstica. (2001-2004). Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Pág. 132.

⁴⁸ LO 27/2003, de 31 de julio.

⁴⁹ Melero Bosch. L. V. (2005). Los Juzgados de Violencia sobre la mujer. Anales de la Facultad de Derecho. Consultado el 27 de mayo de 2017 en [http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/22-2005/02%20\(Lourdes%20Ver%C3%B3nica%20Melero%20Bosch\).pdf](http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/22-2005/02%20(Lourdes%20Ver%C3%B3nica%20Melero%20Bosch).pdf)

Este órgano entendía que era positiva una especialización funcional, tal y como se había planteado en su Acuerdo del Pleno del año 2001, donde jueces especializados conocieran de los asuntos de violencia en la familia, pero de ningún modo creían conveniente la creación de nuevos órganos que, a su juicio, constituirían una jurisdicción especial por razón de sexo al dejar fuera a varones y ascendientes que pudiesen verse afectados por violencia familiar.⁵⁰

A parte de la posible inconstitucionalidad de la medida, el Consejo creía que se producirían graves deficiencias organizativas puesto que el anteproyecto preveía la creación de 21 Juzgados nuevos en los lugares donde más se necesitase sin haberse elaborado un estudio específico que así lo indicase. De esta manera, los nuevos Juzgados se verían avocados a la saturación. Por otro lado entendía el órgano, que una gran parte de los problemas derivados de la violencia doméstica serían atendidos por los Juzgados de Guardia, lo que provocaba que para que los Juzgados pudiesen conocer constantemente de su competencia, habrían de estar permanentemente de guardia.⁵¹

Como ya se ha dicho, el Informe al anteproyecto compartía la idea de una especialización funcional, que podría complementarse con el trabajo de los Juzgados de Familia, Menores o Vigilancia Penitenciaria pero que con los nuevos Juzgados se verían vacíos de competencias. Por último, el Consejo destacaba la posible imparcialidad en la que el juez que conociese de estos casos podría incurrir, puesto que sostenían que el mismo Juez encargado de enjuiciar las causas penales carecería de objetividad para enjuiciar las causas civiles, teniendo en cuenta además, que dicho Juez tendría como función velar por la tutela de la mujer, levantando aún más dudas sobre la parcialidad hacia el hombre.⁵²

⁵⁰ España. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004. (Pág 50). Consultado el 3 de junio de 2017 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer>

⁵¹ España. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004. (Pág 52). Consultado el 3 de junio de 2017 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer>

⁵² España. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004. (Pág. 53). Consultado el 3 de junio de 2017 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder->

En contra de estas ideas, y como ya se ha mencionado anteriormente, se situaban los nueve magistrados que emitieron voto particular al Informe del CGPJ. Éstos entendían que la lucha por la igualdad de las mujeres y la protección a la dignidad de las mujeres justificaba plenamente la puesta en marcha de estos Juzgados, ofreciendo una mejora en la tutela judicial efectiva de este grupo. Para ellos, quedaba probado conforme a la doctrina constitucional que se partía de una desigualdad de las mujeres con respecto a los hombres, siendo perfectamente constitucional esta discriminación positiva ofrecida a las mujeres a través de la creación de estos nuevos Juzgados. Se precisaba que no era cuestión de crear un nuevo orden jurisdiccional, sino que dentro del orden penal se realizaba una especialización que además tendría competencias civiles y que tenía su razón de ser en la necesidad social de atajar el problema de la violencia doméstica.⁵³

Lo que para unos no estaba del todo justificado, para otros era de suma importancia, más aún cuando en la Memoria Económica del anteproyecto ya se había dejado constancia expresa de cuantos nuevos Juzgados habrían de crearse así como las dotaciones de las se disponía para la adaptación de los ya existentes. Estos magistrados consideraban que la competencia de estos Juzgados y las medidas de seguridad y protección de las víctimas eran del todo constitucionales además de beneficiosas puesto que la desigualdad de la que partía la mujer respaldaba las medidas a su favor. Si parecían estar de acuerdo con el informe en la regulación de los tipos penales en función del sexo de los sujetos, considerando que no era del todo oportuno la definición de sujeto activo hombre y sujeto pasivo mujer.

El voto particular admitía la discriminación positiva a favor de la mujer en la vía penal y judicial y la estimaba completamente acorde al artículo 14 de la CE puesto que el Tribunal Constitucional así lo disponía en sus resoluciones. En definitiva, a su parecer y muy en contra de lo dispuesto por la mayoría en el

[Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-
contra-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer](#)

⁵³ España. Consejo General del Poder Judicial. Votos particulares al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004.

Informe, la Ley Integral era muy necesaria y oportuna y se adaptaba a una necesidad social.⁵⁴

Como ya se ha dicho, finalmente el Tribunal Constitucional no puso objeción alguna a la creación de estos juzgados que en la actualidad operan con absoluta normalidad.

4.3. DISCRIMINACIÓN POSITIVA EN LAS NORMAS PENALES.

Procede abordar a continuación el problema de la discriminación positiva en las normas penales, es decir, si es o no contrario al principio de igualdad que una misma conducta punible se castigue de forma más grave cuando es el hombre el sujeto activo de la infracción que cuando es la mujer. Se trata de una diferencia de trato penal por razón de sexo que en nuestro Código está establecida en los artículos 153.1 y 171.4 del Código Penal que se corresponden con los delitos de lesiones en el ámbito familiar y delito de amenazas respectivamente.

Tras la entrada en vigor de la LO 1/2004, las lesiones, amenazas o coacciones se tratan de forma distinta si la víctima ha sido una víctima de violencia de género.⁵⁵ Así pues, el artículo 153 determina que cuando se produzca una lesión donde el sujeto pasivo sea una mujer, la pena de prisión para quien sea el sujeto activo será mayor, siempre y cuando entre ambos exista o haya existido una relación de afectividad y que convivan juntos o no.⁵⁶ En este supuesto, la falta de lesiones se convertirá en delito.⁵⁷ El mismo resultado se observará en el caso de las amenazas, siendo delito las amenazas leves que se dirijan contra esposa o compañera (actual o pasada) o personas especialmente.⁵⁸

Como en el resto de reformas de introducía esta Ley, las nuevas figuras delictivas también suscitaron mucha polémica y es interesante analizar algunas de las cuestiones de inconstitucionalidad que llegaron al Tribunal Constitucional

⁵⁴ España. Consejo General del Poder Judicial. Votos particulares al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004.

⁵⁵ Alcalá Sánchez. M. (2009). *Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal*. REDUR 7. Consultado el 29 de junio de 2017 en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero7/acale.pdf>

⁵⁶ Art.153.1. LO 10/1995, de 23 de noviembre.

⁵⁷ Muñoz Conde. F. (2010). *Derecho Penal: parte especial*. (Pág. 113).Valencia:Tirant lo Blanch. Pág. 113.

⁵⁸ Suarez-Miras Rodríguez. C. (2006). *Algunas cuestiones jurídico penales en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Consultado el 29 de junio de 2017 en <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2472/1/AD-10-56.pdf>

que ponían en duda el principio constitucional de igualdad al castigar, como acabamos de ver, de forma más dura al sujeto activo hombre.

El Auto de 29 de julio de 2005 del Juzgado de lo Penal Nº4 de Murcia relacionaba el artículo 153 del CP con los artículos 14,10 y 24.2 de la CE para comprobar la posible vulneración de Derechos Fundamentales tales como la igualdad, la dignidad personal y la tutela judicial efectiva. Para la magistrada encargada del asunto, la determinación de los sujetos en la reforma de estos tipos penales, versaba únicamente en el hecho de ser hombre o mujer puesto que el hombre era más duramente castigado pero si se trataba de un caso a la inversa, la mujer no era penada de la misma manera. Por ello, entendía que la diferencia de trato por razón de sexo estaba del todo presente en este artículo y que, además, el hecho de querer proteger a todas las mujeres de esta violencia no justifica estas diferencias de trato en el Código Penal. Por otro lado estimaba que la necesidad de realizar medidas de acción positiva no podía promover la desigualdad de otros grupos y que una norma penal puede ser utilizada para proteger a la mujer víctima de violencia de género.⁵⁹ En este auto se afirmaba que la búsqueda de protección sobre la mujer no se consigue con las medidas introducidas por la LO 1/2004 puesto que esta norma pretende erradicar una forma de discriminación creando otra.⁶⁰

En igual sentido el Auto de 14 de octubre de 2005 del Juzgado de Instrucción nº2 de Santa Coloma de Farnés afirmando que estos preceptos discriminan al hombre frente a la mujer y que la prevención general y las estadísticas de violencia de género no pueden justificar esa diferencia de trato. Las penas son desproporcionadas porque se castiga con más dureza al varón no por el delito cometido sino por el mero hecho de ser hombre.⁶¹

Frente a estas opiniones, compartidas también por numerosa doctrina, otro sector entendía que la especificación penal y diferenciada no responde a un tratamiento desproporcionado o discriminatorio por razón de sexo, si no que ha de entenderse como una tipificación autónoma de unos comportamientos que por su gravedad y por darse mayoritariamente en hombres hacia mujeres, se deben penar de una manera más grave que el resto de lesiones, amenazas y

⁵⁹ Auto de 29 de julio de 2005 del Juzgado de lo Penal Nº4 de Murcia.

⁶⁰ Rubido de la Torre. J. L. (2007). *Ley de violencia de género: Ajuste de constitucionalidad en materia Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 110.

⁶¹ Auto de 14 de octubre del Juzgado de Instrucción nº2 de Santa Coloma de Farnés.

coacciones. Además, no son preceptos discriminatorios, positivos o negativos sino más bien tratamientos penales diferentes por la gravedad de la realidad de la violencia de los hombres sobre las mujeres. Se entiende que en los supuestos de violencia sobre la mujer el daño que sufren derechos como la libertad, la seguridad y la integridad son mayores y por ello la conducta del autor de delitos como lesiones, amenazas o coacciones ha de ser más duramente castigada.⁶²

En este mismo sentido otros autores afirman que existe un pleno ajuste a la Constitución y que en base a doctrina del Tribunal Constitucional hay plena validez normativa en la LO 1/2004 puesto que la necesidad urgente es acabar con la violencia de los hombres sobre las mujeres.⁶³ Añaden algunos, que además, es necesario distinguir entre violencia de género y otros tipos de violencia.⁶⁴

Finalmente, la STC 59/2008, de 14 de mayo, dio solución a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal de Murcia en relación con el artículo 153.1 del CP y por una mayoría de siete votos concluía que dicho precepto no resultaba contrario a la Norma Suprema basando su respuesta en que a pesar de la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley que proclamaba el artículo 14 de la CE, dicha igualdad podía sufrir alteraciones cuando la diferencia jurídica tenga un fin legítimo, como es la lucha contra la violencia de género y las consecuencias de esta diferencia no sean desproporcionadas. Según la doctrina constitucional, han de castigarse más duramente éstas agresiones por considerarlas más graves y reprochables puesto que además la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de la mujer en estos casos están mucho más desprotegidas. Para el Tribunal, el sexo del actor no es lo que agrava los hechos, sino el resultado especialmente lesivo de esos actos.⁶⁵

⁶² Arroyo Zapatero. L. *Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género*. Pág. 733-734.

⁶³ Queralt Martínez. J. J. (2006). *La última respuesta penal a la violencia de género*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Págs. 1423-1436.

⁶⁴ Fuentes Soriano. O. (2005). *La Constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la Violencia de Género*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía (nº6263). Disponible en [http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumen.nsf/9cd39ed0285dc9b2c12570a1002a3f65/f96dd5fe4be f23e3c12573fb0041c351/\\$FILE/fuentes%20soriano.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumen.nsf/9cd39ed0285dc9b2c12570a1002a3f65/f96dd5fe4be f23e3c12573fb0041c351/$FILE/fuentes%20soriano.pdf)

⁶⁵ TC (Pleno). Sentencia núm. 59/2008 de 14 de mayo.

En una sentencia posterior, fecha 21 de julio de 2009, el Tribunal Constitucional también dio respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad formulada por el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Santa Coloma de Farnés en relación al artículo 171.1, donde hacía referencia a la anterior sentencia comentada declarando que dicho precepto no lesionaba tampoco el derecho fundamental de igualdad, puesto que el artículo *“consagra una diferenciación punitiva que responde a una finalidad constitucionalmente legítima, cual es la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja”*.⁶⁶

5. PROBLEMAS JURISPRUDENCIALES DE LA LEY 1/2004

5.1. VALOR DE LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA Y CONDICIONES DE LA DECLARACIÓN.

La práctica procesal en este tipo de infracciones no está exenta de problemas específicos que conviene exponer en este breve trabajo. El primero de ellos es el valor probatorio del testimonio de la víctima de la violencia sexista.

Este tipo de delitos se producen generalmente en la más estricta intimidad familiar, por lo que el testimonio de la víctima adquiere una importancia vital para el proceso judicial. El problema es vincular ese testimonio con el principio de presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24 de la Constitución Española. Se cuestiona si el testimonio de la víctima puede ser única prueba de cargo para una condena penal y la cuestión es relevante porque si se afirma sin matices la validez de este testimonio muchos varones en situación de conflicto conyugal podrían verse expuestos a condenas penales por testimonios mendaces.

Con arreglo al principio constitucional mencionado la prueba de cargo ha de ser bastante y su estimación deberá de realizarse conforme a los principios impuestos por la lógica valorativa, puesto que si no quien juzgase el caso podría caer en una infracción del derecho de interdicción de la arbitrariedad y por ende, del principio de presunción de inocencia al imponer una condena

⁶⁶ TC (Pleno). Sentencia núm. 177/2009 de 21 de julio.

producto de una valoración irrazonable o ilógica. Para que la prueba, en este caso la declaración de la víctima, no incurra en ninguna de estas prohibiciones y pueda desvirtuar la presunción de inocencia, la prueba tendrá que ser real, válida, lícita y suficiente.⁶⁷ Así pues, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo vienen afirmando con reiteración que la declaración de la víctima como prueba testifical tiene el suficiente valor para destruir la presunción de inocencia, puesto que tal y como estimó el Tribunal Supremo en su Sentencia 725/2007, de 13 de septiembre, “*nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidación de la víctima*” y por tanto, los hechos sucedidos quedarían totalmente impunes al no disponerse de más medios probatorios.⁶⁸

Además, para que la declaración de la víctima pueda ser del todo admisible como prueba de cargo única, ha de reunir una serie de requisitos como los siguientes:

La ausencia de incredibilidad subjetiva, la persistencia en la incriminación o la verosimilitud en el testimonio mediante la corroboración periférica.

La ausencia de incredibilidad subjetiva responde a la comprobación de si la víctima puede tener algún motivo fraudulento que hagan dudar de la veracidad de su declaración. Nunca podrá estimarse como motivo de enemistad de la víctima contra el agresor el hecho de que la primera haya interpuesto una demanda civil ante Juzgado de Familia o de Violencia sobre la Mujer. Por otro lado, la persistencia en la incriminación supone que ésta ha de ser reiterada, prolongada en el tiempo y de la cual no se deduzcan ni contradicciones ni ambigüedades. Este requisito es fundamental porque en muchos casos la víctima tiene un comportamiento errático durante el proceso, afirmando los hechos y negándolos después por intentos de reconciliación o por presiones del agresor o su entorno. Por último, la verosimilitud de lo manifestado requiere que la declaración vaya acompañada de algún tipo de corroboración externa a la propia declaración que acredite su veracidad. Así serán valorables informes periciales o documentación que, por ejemplo, acrediten que la víctima

⁶⁷ Sibony. R, Serrano Ochoa. M. A., Reina. O. (2011). La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género. Noticias Jurídicas.

⁶⁸ STS de 13 de septiembre de 2007. Núm 725. Ponente Francisco Monterde Ferrer.

ha sufrido lesiones o cualesquiera otras prueba o datos que permitan afirmar que el hecho denunciado existió.⁶⁹

Se ha visto que el relato de la mujer en los delitos de violencia de género, resulta fundamental al ser posiblemente la prueba más concluyente del proceso judicial. Por ello, ha de tenerse en cuenta que, además de la narración de los hechos cuando se acuda a realizar la denuncia, la víctima también habrá de hacer frente al proceso judicial, al juicio oral, a la sentencia y a todo lo relacionado con el perjuicio que ha sufrido, donde tendrá que revivir lo acontecido y que podría desencadenar en lo que se conoce como victimización secundaria.

Se entiende por “victimización secundaria” las consecuencias negativas bien sean psicológicas, sociales, jurídicas o económicas que obtiene la víctima de sus relaciones con todo el proceso judicial. Las expectativas y la realidad a la que se enfrenta la víctima serían del todo frustrantes para ésta cuando las instituciones o profesionales encargados del suceso no mostrasen la comprensión o humanidad suficientes con lo relativo al sufrimiento psicológico y físico que le ha provocado a la víctima el hecho delictivo. Esta victimización secundaria supone para quien ha sufrido el perjuicio una segunda experiencia dolorosa y que podría acarrear mayor sufrimiento aún al recibir como ya se ha dicho, una mala atención por parte del sistema.⁷⁰

También se hace mención a este problema en la Directiva de 2012/29 de la UE en sus artículos 17 y 18 y que establece que las mujeres víctimas de la violencia de género podrían necesitar de más apoyo debido a la alta probabilidad de sufrir consecuencias por la violencia sufrida así como una victimización secundaria o reiterada.⁷¹

La declaración en juicio, las consecuencias de su declaración o la no asistencia al juicio pueden desencadenar esta victimización de la que hablamos, haciendo que la víctima escoja no asistir al juicio aun estando citada o que si acude elija

⁶⁹ Sibony, R, Serrano Ochoa, M. A., Reina, O. (2011). La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género. Noticias Jurídicas.

⁷⁰ Gutiérrez de Piñeres Botero, C, Coronel, E y Pérez, C.A. (2009). *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*.

⁷¹ Unión Europea. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. *Diario oficial de la Unión Europea*. L 315/57. 14 de noviembre de 2012. Arts 18 y 19.

acogerse a su derecho a no declarar que promulga el art.416 de la LECrim. Debe tenerse en cuenta que debido a las características de este tipo de delitos, la víctima será testigo al mismo tiempo y eso hará que el citado precepto posea una especial relevancia. De este modo, aunque la perjudicada acuda al juicio, puede que no declare y se acoja al art. 416, que declare o, por último, que declare pero que exculpe al acusado.⁷²

Surge entonces, la cuestión sobre si habiendo sido la víctima la que impulsa el procedimiento judicial con su denuncia, puede posteriormente acogerse a su derecho a no declarar, puesto que se ha observado que en multitud de ocasiones, tras la interposición de la denuncia, los hechos no se ratifican en juicio. Como se explicó anteriormente, la carga de la prueba corresponde en la gran mayoría de estos casos, única y exclusivamente a lo relatado por la perjudicada, por lo que arrepentimiento posterior hace que la prueba se debilite hasta el punto de que se produzca la absolución del acusado.⁷³

Dispone el citado precepto en su apartado primero que están dispensados de la obligación de declarar *“los parientes del procesado en líneas directas ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”*(...) *“El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia”*. En base a lo que dicta el artículo es interesante mencionar los distintos problemas que han surgido de su aplicación en delitos de violencia de género.

Así pues, se debatía el hecho de si la formulación de denuncia por parte de la denunciante y víctima suponía una renuncia a la dispensa a declarar contra el familiar acusado a los que se refiere el mencionado art. 416 LECrim. El Tribunal Supremo mantuvo en un principio una postura contraria a la que adoptaban los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer o las Audiencias Provinciales y en su STS de 27 de octubre de 2004 afirmó que la condición de

⁷² Rubio-Encinas. A. (2012). La Doble Victimización: Perspectiva desde la Práctica Fiscal. Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres. Pág. 11. Consultado el 26 de junio de 2015 en <http://www.congresoestudioviolencia.com/2012/ponencias.php>

⁷³ Piñeiro Zabala. I. (2011). La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim. Revista jurídica de Castilla y León. Consultado el 26 de junio de 2015 disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3640192>

denunciante, suponía una renuncia a la dispensa y a la inviabilidad de acogerse a ella puesto que entendía que si denunciante es quien inicia el procedimiento judicial no está siendo “obligada” a declarar, siendo esto último requisito imprescindible para que se aplique dicha dispensa.⁷⁴

Años más tarde, la STS de 22 de febrero de 2007, acercó fue modificando su criterio inicial afirmando que la excepción o dispensa de declarar del pariente procesado o al cónyuge tiene como objetivo solventar la contradicción entre el deber de declarar y el vínculo que une al testigo con el acusado. Añadía que esta exención debía aplicar por igual a las personas que fuesen a la vez víctima y testigo y que a ellas ha de reconocerse su derecho a decidir libremente si se adhieren a lo dispuesto en el ya citado artículo.⁷⁵

Los altos magistrados ratificaron esta postura en sentencias de 27 de enero de 2009 y 10 de febrero del mismo año donde establecieron, además, que el no haber hecho uso de la dispensa de la obligación de declarar en la fase de instrucción no impedía que pudiera ejercitarse este derecho posteriormente si bien matizaron que el silencio en el juicio no eliminaba la validez y relevancia de lo declarado en la fase de instrucción.⁷⁶

Sentencias posteriores del Tribunal Supremo ratifican su postura ante este problema, permitiendo que cualquier testigo, siendo también víctima y denunciante, se pueda acoger a lo dispuesto en el artículo 416 de la LECrim y en relación a lo que acabo de mencionar referente a la validez de lo declarado en fase sumarial, el Tribunal Supremo cambió de criterio. Afirmó que era imprescindible informar a denunciantes y testigos sobre la dispensa de la obligación de declarar puesto que si un testigo se acoge a dicho precepto en su declaración en la instrucción nada impide que posteriormente pueda declarar en el Juicio Oral pero de darse la situación contraria, como suele ocurrir en la mayoría de casos de violencia de género, no será posible estimar las declaraciones llevadas a cabo en la instrucción⁷⁷. En igual sentido la STS de 14 de mayo de 2010 entendió que si la denunciante no prestaba declaración

⁷⁴ STS de 27 de octubre de 2004. Núm 1225. Ponente Joaquín Giménez García.

⁷⁵ STS de 22 de febrero de 2007. Núm 134. Ponente Joaquín Giménez García.

⁷⁶ STS 27 de enero de 2009. Núm 135. Ponente Adolfo Prego de Oliver Tolivar y STS de 10 de febrero de 2009. Núm. 79. Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

⁷⁷ Rubio-Encinas. A. (2012). La Doble Victimización: Perspectiva desde la Práctica Fiscal. Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres. Pág. 13. Consultado el 26 de junio de 2017 en <http://www.congresoestudioviolencia.com/2012/ponencias.php>

en fase oral acogiéndose a la dispensa del deber de declarar y con la clara intención de que lo manifestado en la instrucción no fuera incriminatorio para el acusado, era más que lógico que lo declarado en esta instrucción no pudiera servir de sustento probatorio en la vista oral, puesto que además se le estaría privando al acusado de garantías básicas para su defensa como la práctica de la prueba mediante interrogatorio.⁷⁸ En la misma línea la STS de 28 de noviembre de 2011 dicta que la falta de advertencia de los derechos que se otorgan mediante el art.416 a los testigos tiene por resultado que las declaraciones de éstos resulten inválidas para enervar la presunción de inocencia.⁷⁹

Por otro lado, resulta relevante hacer mención a lo que puede ocurrir cuando la víctima y testigo se acoge a la citada dispensa pero no lo hagan el resto de testigos o declaren testigos que no han presenciado los hechos. Y en referencia a esto se pronunció el Tribunal Supremo el 12 de junio de 2007 declarando que los testigos que aun no habiendo percibido los hechos con sus sentidos relatan ante el Tribunal lo acontecido, serán testigos directos y sus testimonios pueden constituir una prueba indiciaria plenamente valorable.⁸⁰

En aras de evitar una victimización secundaria, se observa la evolución que ha tenido Tribunal Supremo interpretando el art. 416 de una manera más amplia en sus sentencias más recientes, puesto que resulta evidente que la víctima no puede ser obligada a declarar no queriendo hacerlo, puesto que podría incurrir en falso testimonio⁸¹. Sin embargo, y en vista del alto número de casos en los que la víctima se acoge en el juicio oral a la dispensa del deber de declarar, quedando por tanto el agresor absuelto al no existir más prueba que la declaración de la mujer, se están estudiando distintas soluciones entre las que estaría la supresión de esta dispensa cuando se trate de casos de violencia de género todo ello basado en el derecho comparado donde si la víctima ha

⁷⁸ STS 14 de mayo de 2010. Núm 459. Ponente José Manuel Maza Martín.

⁷⁹ STS 28 de noviembre de 2011. Núm 404. Ponente José Manuel Maza Martín.

⁸⁰ STS 12 de julio de 2007. Núm 625. Ponente Enrique Bacigalupo Zapater.

⁸¹ Rubio-Encinas. A. (2012). La Doble Victimización: Perspectiva desde la Práctica Fiscal. Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres. Pág. 11. Consultado el 26 de junio de 2017 en <http://www.congresoestudioviolencia.com/2012/ponencias.php>

acudido de manera espontánea a denunciar, renuncia en un futuro a acogerse a la dispensa.⁸²

Una de estas soluciones la expone el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala segunda del tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 que disponía que podrán acogerse a la exención de la obligación de declarar las personas a las que se refiere el art. 416 pero habrá de excluirse “*los supuestos en los que el testigo esté personado como acusación en el proceso*” y “*la declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto*”⁸³. Parece que de este modo, el Tribunal Supremo quiere que de ningún modo estos hechos delictivos queden impunes.

Es importante añadir que una de las grandes medidas que la futura puesta en marcha de las nuevas medidas legislativas acordada por los grupos parlamentarios el pasado mes de julio pretende cambiar considerablemente, es lo relativo a la dispensa del deber de declarar en un juicio de la víctima.

Se ha podido conocer que ha sido una de las medidas más debatidas y controvertidas⁸⁴, si bien no por falta de acuerdo, más bien por, como se ha señalado a lo largo de este epígrafe, por la dificultad de abordar el tema.

El texto acordado busca, como se ha mencionado más arriba, que no haya lugar a situaciones de impunidad y que por tanto, no se den los casos de sobreseimiento.

⁸² Boletín del Ministerio de Justicia. (2015) *La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del Artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Disponible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427358027?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1503_MART%C3%8DNEZMORA.pdf&blobheadervalue2=1288790579474

⁸³ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala segunda del tribunal Supremo de 24 de abril de 2013.

⁸⁴ https://politica.elpais.com/politica/2017/07/24/actualidad/1500883885_958602.html

5.2. QUEBRANTAMIENTO DE LAS MEDIDAS DE ALEJAMIENTO: LA RECONCILIACIÓN.

El alejamiento como medida supone la restricción a la libertad deambulatoria para quien la sufre, que podrá ser el imputado o condenado (en función del momento procesal en el que se encuentre), y que por su carácter limitativo de Derechos Fundamentales tendrá que ser impuesta por una autoridad judicial.⁸⁵ Además, la medida de alejamiento se impone como una medida de protección o seguridad para las víctimas y que en caso de dictarse de manera cautelar responde a la obligación que tiene el Estado de proteger a aquellas de futuras agresiones durante un tiempo determinado.⁸⁶

Dependiendo del momento procesal en el que se encuentre un caso de violencia de género, podrán imponerse distintos tipos de orden de alejamiento y que además, desencadenarán consecuencias jurídicas distintas en caso de que se produzca un quebrantamiento de la medida. De este modo, es posible dictar una medida de protección o seguridad al principio del procedimiento, lo que se corresponde con la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica regulada en la Ley 27/2003 y de la cual hemos hablado al comienzo de este trabajo. La medida de alejamiento podrá ser también una condición de obligado cumplimiento para mantener en suspenso la ejecución de una condena privativa de libertad o podría ser impuesta como pena accesoria a una pena principal. Se observa de este modo que existe una orden alejamiento como medida de protección y una orden alejamiento dictada como pena, pero que en caso de quebrantarse, la pena prevista será en ambos casos idéntica (seis meses a un año en base al art. 468 del CP).⁸⁷

El quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia por parte de quien esté privado de libertad está tipificado en el artículo 468.1 del CP y el apartado segundo del mismo artículo

⁸⁵Fuentes Soriano. O. (2008) Las Medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor. Figueruelo Burrieza. A. Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género (Pág 111-133). Granada: Editorial Comares.

⁸⁶ Fuentes Soriano. O. (2008) Las Medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor. Figueruelo Burrieza. A. Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género (Pág 117). Granada: Editorial Comares.

⁸⁷ Fuentes Soriano. O. (2008) Las Medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor. Figueruelo Burrieza. A. Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género (Pág 115). Granada: Editorial Comares.

hace referencia a la pena que se impondrá cuando se quebrante una pena impuesta en el artículo 48 del CP o una medida cautelar o de seguridad impuesta en un proceso en el que el ofendido sea alguna persona a las que se refiere el artículo 173.2 del CP.⁸⁸

Por ello, se hace distinción entre aquellos que quebranten su condena y que ya dispongan de una sentencia y aquellos que aún no disponen de sentencia y por tanto quebranten una medida cautelar. En relación con los casos de violencia de género y tras la puesta en vigor de la LO 1/2004, el quebrantamiento de una pena de las que impone el artículo 48 del CP, así como de una medida cautelar o de seguridad, se trata de una manera más agravada.⁸⁹ El delito de quebrantamiento tipificado en el apartado segundo del artículo 468 del CP sería un tipo específico y distinto del delito que dicta el apartado primero del mismo artículo en aras de la protección a las víctimas de violencia de género que propugna la LO 1/2004.⁹⁰

El quebrantamiento de condena o medida de alejamiento en los casos de este tipo de violencia suscita gran controversia cuando la víctima tiene voluntad de reanudar la convivencia con su agresor, generando la duda sobre si en esta reanudación de la convivencia de manera voluntaria, las partes disponen de libertad suficiente para dejar sin efecto la medida judicial.

En este sentido se pronunció en Tribunal Supremo en su famosa sentencia de 26 de septiembre de 2005, creyendo que la voluntad por parte de la agraviada de reanudar la convivencia con su marido, hace que éste no constituya un delito de quebrantamiento puesto que si la medida de alejamiento se impone para ofrecer seguridad a la víctima, en el momento en el que reanuda la convivencia desaparecen las circunstancias que justificaron la interposición de dicha medida debiendo, por tanto, desaparecer. De este modo, el condenado quedaba absuelto puesto que entendía el Alto Tribunal que se trataba de una

⁸⁸ España. Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal de 1995, en materia de protección de las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, de 10 de junio de 1999, núm. 138, art. 2.

⁸⁹ Muñoz Conde. F. (2010). *Derecho Penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 967.

⁹⁰ Montaner Fernández. R. (2007). El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora en el quebrantamiento?. Consultado el 27 de junio de 2017 disponible en

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2390132>

“decisión libremente autodeterminada” de las partes que había de ser respetada.⁹¹

Se entiende que la conducta típica en el delito de quebrantamiento es el hecho de incumplir la orden de alejamiento y acercarse a la víctima y el único que puede realizar tal hecho es el obligado a respetar la orden puesto que depende únicamente de su voluntad. Por tanto, el quebrantamiento se produce en el momento en el que desatiende la medida y considerar que la mujer pudiera ser cooperadora necesaria de este delito supondría ir en contra de los principios básicos de la conducta típica.⁹² Pero el Supremo, así como distintas sentencias de Audiencias Provinciales, estimaron que cuando mediaba el consentimiento de la víctima en cuyo favor se había dictado la medida, el incumplimiento de la prohibición es una conducta atípica puesto que es imposible afirmar que se “haya atentado contra el bien jurídico que constituye el fin último de protección de la norma punitiva (la seguridad y tranquilidad de la víctima).”⁹³

Hemos observado como el Tribunal Supremo basó su decisión en que la reanudación de la convivencia corresponde a “una decisión libremente determinada” de las partes y que aunque la medida de alejamiento tiene como finalidad dar seguridad jurídica y protección a la persona que la pide, la “reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento”, dando lugar a que la doctrina y posterior jurisprudencia creyera del todo inadecuada esta resolución.

Así pues la SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2006 estimaba que la sentencia del Supremo no podía ser considerada de auténtica jurisprudencia al creerla aislada y con un criterio no consolidado y defendía que la ejecución de una orden de protección no puede quedar al arbitrio de la víctima.⁹⁴ En este mismo sentido, y contradiciendo su anterior sentencia, el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de septiembre de 2007 diferenciaba entre el quebrantamiento de una pena o el quebrantamiento de una medida y dictaba

⁹¹ STS de 26 de septiembre de 2005. Ponente Joaquín Giménez García.

⁹² Fuentes Soriano. O. (2008) Las Medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor. Figueruelo Burrieza. A. Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género (Pág 119). Granada: Editorial Comares

⁹³ SAP Soria, Secc. 1ª, de 19 de febrero de 2007. Ponente Pérez Flecha, SAP Guipúzcoa, Secc. 1ª de 26 de septiembre de 2006. Ponente Maeso Ventureira y STS de 26 de septiembre de 2005. Ponente Joaquín Giménez García.

⁹⁴ SAP Barcelona de 29 de noviembre de 2006. Ponente Zabalegui Muñoz.

que no era posible dejar en manos de la víctima la decisión de reanudar la convivencia haciendo que, además, el condenado pudiese obtener un beneficio de dicha reconciliación puesto que además el delito de quebrantamiento de condena es un delito contra la Administración de Justicia que no puede dejarse al arbitrio de las partes.⁹⁵

Varias sentencias hablaban de la posible responsabilidad penal de la mujer⁹⁶ y en concreto la SAP Barcelona de 21 de febrero de 2007 donde la Audiencia condenaba al demandado como autor de un delito de quebrantamiento del artículo 468.2 y a la demandante como cooperadora necesaria de este mismo y hacía referencia a lo expuesto en la sentencia anteriormente comentada en relación con la jurisprudencia del Supremo al entender que en el caso que se juzgaba en el Alto Tribunal se trataba de un incumplimiento de medida cautelar y que en este caso se incumplía una pena. Entendía que de ningún modo la ejecución de la pena puede quedar al “arbitrio del demandado ni depender de la voluntad de la persona protegida”.⁹⁷

Es posible afirmar de este modo que existen distintas soluciones jurisprudenciales, las que estimarían que el consentimiento es relevante y que por tanto el delito de quebrantamiento es inexistente, las que consideran que el consentimiento es irrelevante y consecuentemente existe delito de quebrantamiento y por último, aquellas que responsabilizan tanto al obligado como a la persona que se beneficia de la medida de alejamiento.⁹⁸

Es importante señalar el Acuerdo no Jurisdiccional de la sala Segunda del Tribunal Supremo del 25 de noviembre de 2008 en el cual se determinaba que el consentimiento de la mujer en la reconciliación no excluye la punibilidad del artículo 468 del CP⁹⁹ y que de esta manera, pone de manifiesto la importancia de proteger a la víctima en todo caso así como no dejar en manos de las partes la decisión de cumplir una pena.

⁹⁵ STS 28 de septiembre de 200. Ponente Maza Martín.

⁹⁶ Javato Martín. M. (2009). El quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio Jurisprudencial. De Hoyos Sancho. M. Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. (Pág. 124-148). Valladolid. LEX NOVA, S.A.

⁹⁷ SAP Barcelona 21 de febrero 2007. Ponente Pérez Máiquez.

⁹⁸ Javato Martín. M. (2009). El quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio Jurisprudencial. De Hoyos Sancho. M. Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. (Pág. 124-148). Valladolid. LEX NOVA, S.A.

⁹⁹ Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala segunda del tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008.

6. VIOLENCIA DE GÉNERO Y PROTECCIÓN DE MENORES.

6.1. CAMBIO NORMATIVO.

La Ley Orgánica de la que venimos hablando ha sido modificada en su artículo 1, apartado segundo por la LO 8/2015 de 22 de julio haciéndose ahora constar también que las medidas de protección integral tienen la finalidad de proteger a las mujeres víctimas de violencia de género así como a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de la esa violencia.¹⁰⁰

Junto a esta norma, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, han dado un giro en cuanto a la protección de los menores que se ven afectados por estas situaciones familiares.

De esta sucesión de normas podemos entender que se ha producido un reconocimiento explícito de las y los menores como víctimas de violencia de género. Esta nueva situación ha dado lugar a que normas como el Código Civil, la Ley de Seguridad Social, Dependencia o Extranjería hayan tenido que ser modificadas.¹⁰¹

De este modo, además del reconocimiento como víctimas de este tipo de violencia, los cambios normativos en el sistema de pensiones, impedirá por ejemplo que las personas que maten a otro pariente, puedan cobrar la pensión que su muerte genere. Estos menores víctimas de la violencia machista, podrán también cobrar la pensión de orfandad completa, reconociéndose el 100 por cien de la base reguladora.

¹⁰⁰ España. Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Art 1.2.

¹⁰¹ Periódico El Mundo <http://www.elmundo.es/espana/2015/08/12/55cb13c046163f35698b4574.html>

6.2. EL RÉGIMEN DE VISITAS: LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE ESTA SITUACIÓN.

Sin embargo, la puesta en práctica de estos cambios normativos es quizá donde se está experimentando un cambio mucho más lento. Hay que destacar un cambio jurisprudencial importante a raíz de la introducción de estas normas que están asentando una nueva doctrina.

Así pues, la STS 568/2015, de 30 de septiembre, marco el inicio de este cambio, al declarar el Tribunal en casación que el padre se encontraba inhabilitado para ejercer la patria potestad de la hija menor de la pareja, después de haber asesinado a su esposa en presencia de la menor. El Tribunal supremo declaró que “repugna legar y moralmente, mantener al padre en la titularidad de una de las funciones respecto de las que se ha mostrado indigno pues resulta difícil imaginar un más grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad que el menor presencia el severo intento del padre de asesinar a su madre.”¹⁰²

La misma línea sigue la sentencia del Tribunal Supremo 4900/2015, de 26 de noviembre en la que se concluye que y se establece como doctrina que el juez o la jueza de un tribunal puede suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por violencia de género siempre en base al interés superior de las y los menores y basando su argumento en la LO 8/2015 que hemos mencionado anteriormente. Es por ello que entiende que siempre que no se pueda garantizar la estabilidad de las decisiones que se adopten, deberá primar siempre el interés del menor.¹⁰³

Por último, resulta también relevante hacer mención a la STS 188/2016, de 4 de febrero en donde la Sala de lo Civil declara completamente incompatible la custodia compartida con el delito de amenazas cometido por el progenitor. En

¹⁰² STS 568/2015, de 30 de septiembre, FJ 2.

¹⁰³ STS 4900/2015, de 29 de noviembre, FJ 2.

caso de no haber una relación de respeto, con conductas que no beneficien y perturben al menor, no puede darse una custodia compartida.¹⁰⁴

La tendencia de los últimos años, es por tanto, la limitar los regímenes de custodias compartidas cuando haya condena de delito de violencia de género o así mismo entregar la patria potestad a aquellos progenitores que hayan cometido este tipo de violencia.

El pacto de Gobierno de este año 2017 al que ya hemos hecho referencia pretende recoger este cambio doctrinal.

7. LA MEDIACIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO.

Se ha hablado mucho de la mediación penal en delitos de violencia de género. La mediación en este tipo de casos está expresamente prohibida por el legislador en la LO 1/2004 en el art. 44.5 puesto que se considera que la desigualdad existente entre las partes es precisamente lo que no permite dicha mediación.¹⁰⁵ Sin embargo, hay quien afirma que esta mediación puede ser beneficiosa siempre y cuando se entienda que no todos los casos pueden ser objeto de mediación y que ha de ser tratada como una posibilidad dentro del proceso penal que puede hacer que se eviten futuras agresiones. Quienes se postulan partidarios de la solución creen que para que pueda darse la mediación en estos casos, ésta ha de ser impulsada por el órgano judicial o el Ministerio Fiscal, las partes deberán reconocer la naturaleza delictiva de los hechos acontecidos, nunca podrán trivializarse los hechos relatados por parte de la mujer y dicha mediación jamás puede suponer un beneficio para el hombre a costa de un perjuicio para la mujer.¹⁰⁶

Por otro lado, se estima que la mediación en casos de violencia de género puede suponer un riesgo en la integridad física de la afectada y la igualdad con la que ha de tratarse a las partes en un proceso de mediación puede no

¹⁰⁴ STS 188/2016, de 4 de febrero.

¹⁰⁵ España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *Boletín Oficial Estado*, de diciembre de 2004, núm. 313. Art. 44.

¹⁰⁶ Martínez García. E. Mediación Penal en los Procesos por Violencia de Género: Entre la solución real del Conflicto y el ius puniendi del Estado. Centro de Estudios Multidisciplinares en Violencia de Género. Consultado el 2 de julio de 2017 disponible en <http://es.slideshare.net/Lexnova/mediacion-penal-violencia-genero>

resultar apropiado dado que la víctima ha sufrido una agresión que hace que ya de primeras no se sitúe de manera equitativa con su agresor. La mujer puede ocupar una posición de mayor inferioridad en las negociaciones de la mediación. Por todo ello, los expertos recomiendan que la mediación puede ser beneficiosa en casos donde la violencia género no se haya manifestado de forma extrema o donde se hayan producido fuertes discusiones¹⁰⁷ pero nunca podrá realizarse si se han producidos actos que deriven en lesiones, coacciones o amenazas en la víctima.¹⁰⁸

8. PERSPECTIVA DE FUTURO: EL PACTO DE ESTADO CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO.

Como se viene apuntando a lo largo del presente trabajo, la Ley 1/2004 introdujo importantes y serias medidas que han pretendido poner fin a esta lacra social. Sin embargo, los datos hablan de que el número de mujeres asesinadas a manos de sus parejas o exparejas no experimenta un notable descenso, haciéndose en los últimos años un notable aumento de casos de menores huérfanos como consecuencia de estos casos. Así es como en el año 2016 el número de víctimas asciende a 44, 16 menos que en el año anterior, y en el presente año 2017 el número llega a las 36 mujeres¹⁰⁹.

Son muchas las organizaciones y víctimas de la violencia género las que vienen aclamando desde hace mucho tiempo una lucha de todos los partidos políticos contra este tipo de violencia y es por ello que el pasado mes de julio se llegó al primer gran acuerdo legislativo de la nueva legislatura donde todos los partidos políticos han dejado a un lado sus diferencias para hacer frente a esta realidad social que necesita ser abordada.

¹⁰⁷ Hércules de Solás Cardeña. M. La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género. Documentos de trabajo social nº52. Consultado el 2 de julio de 2017 disponible en http://www.trabajosocialmalaga.org/archivos/revista_dts/52_10.pdf

¹⁰⁸ Martínez García. E. Mediación Penal en los Procesos por Violencia de Género: Entre la solución real del Conflicto y el ius puniendi del Estado. Centro de Estudios Multidisciplinares en Violencia de Género. Consultado el 2 de julio de 2017 disponible en <http://es.slideshare.net/Lexnova/mediacion-penal-violencia-genero>

¹⁰⁹ Ficha resumen Víctimas mortales por violencia de género Gobierno de España. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichaMujeres/pdf/VMortales_2017_08_24.pdf

Tras seis meses de trabajo y conferencias de distintos expertos han dado lugar a 200 medidas que pretenden prevenir la violencia machista desde las aulas escolares, ampliar a protección incluyendo a víctimas que no hayan interpuesto denuncia haciendo que de esta manera se garantice su seguridad y la de sus hijos. Otra de las medidas incluye una dotación económica durante seis meses que permita a estas mujeres comenzar otra vida. También se quiere llegar a detectar este tipo de conflictos si el médico de cabecera detecta cualquier indicio de maltrato.¹¹⁰

Como ya se mencionó anteriormente, en el Convenio de Estambul que España ratificó en el año 2014, se introducía un nuevo concepto de violencia de género, considerándose violencia contra la mujer la que implique daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica.¹¹¹ Y es precisamente en este punto donde los distintos grupos parlamentarios han mostrado sus diferencias puesto que grupos como Podemos han intentado sin éxito extender dicho concepto más allá de las parejas o exparejas.¹¹² Es importante resaltar que el concepto también incluye a las víctimas de trata y de matrimonios forzados.

Por primera se entiende que para erradicar esta lacra, se ha de empezar por la educación en colegios y aulas y esto se ha convertido en una de las prioridades del pacto. Se quiere fomentar la igualdad, así como prevenir el machismo las conductas violencias entre adolescentes y niños.

Quizá el punto más relevante y también por lo tratado en el presente trabajo, es la cuestión de la dispensa de la obligación de declarar. Como hemos podido observar, un punto realmente controvertido y al cual aún no se ha conseguido dar una solución puesto que choca constantemente con el derecho a no declarar de la víctima.

A modo de conclusión, este pacto pretende abordar una protección antes de que haya denuncia por parte de la víctima, dar una prevención precoz sanitaria, así como protección a los huérfanos e hijos de las víctimas. También se quiere

¹¹⁰ Rodríguez Pina, G.

https://politica.elpais.com/politica/2017/07/24/actualidad/1500883885_958602.html

¹¹¹ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica. Consultado el 27 de abril de 2017 en <https://rm.coe.int/1680462543>

¹¹² Rodríguez Pina, G.

https://politica.elpais.com/politica/2017/07/24/actualidad/1500883885_958602.html

poder dejar sin custodia compartida a los padres maltratadores, acabar con la atenuación en las sentencias por maltrato como se hace cuando media confesión del crimen o la reparación del daño. Se crearán más unidades de apoyo, se reforzará la seguridad y la prevención en la escuela y, por último, se quiere acabar con la visión machista y estereotipada que los medios de comunicación muchas veces hacen.

9. CONCLUSIONES.

Primero.- A lo largo del presente trabajo hemos visto la evolución que han sufrido las normas penales en relación con la violencia de género y hay que destacar el progresivo reconocimiento, tanto a nivel internacional como nacional, de este tipo de violencia como un problema social que ha de ser tratado de forma específica y reforzada y que ha derivado en el importantísimo pacto legislativo de todos los partidos políticos para la lucha contra la violencia de género.

Segundo.- En España este reconocimiento se produjo en un primer momento con la sucesiva modificación del tipo penal de maltrato habitual y con la instauración de la Ley Reguladora de la Orden de Protección de la Víctimas de la Violencia Doméstica del año 2003. Finalmente el tratamiento integral del problema se abordó con la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género mediante la cual se establecían medidas de protección y prevención a las víctimas, asistencia social y jurídica, así como tutela judicial e institucional. En esta ley se procedió a una significativa agravación de ciertos tipos penales, al castigo más severo del hombre que de la mujer en esta clase de infracciones y a la creación de Juzgados especializados. Se espera que con el nuevo pacto gubernamental y la propuesta de 200 medidas dotadas con un presupuesto de 1.000 millones de euros, se pueda llegar a alcanzar una eficacia total de la Ley del año 2004.

Tercero.- Sin embargo, como se ha expuesto en páginas anteriores, la Ley 1/2004 ha planteado problemas singulares en la dogmática penal como la discriminación positiva en el tratamiento penal de ciertos delitos que por cierto sector doctrinal ha sido considerado como contrario al principio de igualdad del

artículo 14 de nuestra Constitución. Finalmente el Tribunal Constitucional dio respuesta a este problema declarando la plena constitucionalidad de la ley.

Cuarto.- La declaración de la víctima ha sido admitida como única prueba de cargo pero el Tribunal Constitucional ha sometido a esta prueba un conjunto de requisitos para que su exclusiva valoración no supusiera una violación de un principio constitucional básico, la presunción de inocencia. Los requisitos son: Ausencia de incredibilidad subjetiva, persistencia en la incriminación y corroboración periférica de los hechos denunciados.

Quinto.- Además, en este tipo de procesos no es infrecuente que la víctima tenga un comportamiento errático, denunciando y retirando después la denuncia. Este comportamiento puede tener su explicación en denuncias de abuso, en las incertidumbres y conflictos internos propios del conflicto y de las emociones que lo acompañan o en coacciones o amenazas del agresor o su entorno.

El juez debe poder discriminar esa situación y se ha cuestionado la procedencia de admitir en estos casos la dispensa de declarar contenida en el artículo 416 de la LECRIM. La jurisprudencia viene afirmando con rotundidad, después de ciertas dudas, que la víctima tiene derecho a no declarar en el juicio y que en tal caso no pueden ser utilizadas como pruebas de cargo sus declaraciones sumariales.

Sexto.- De los cambios normativos y de la evolución de la puesta en marcha de la Ley 1/2004 se ha llegado a la conclusión en los últimos años de que los menores víctimas de esta violencia también necesitan de una protección legislativa frente a las conductas del progenitor agresor. Es por ello que en los últimos años los tribunales están cambiando su forma de hacer frente a las situaciones de guardia y custodia y regímenes de visitas, prohibiendo al maltratador condenado hacerse cargo o visitar a estos menores.

Séptimo.- El número de víctimas mortales de este tipo de violencia sigue siendo significativo y entre los años 2016 y 2017 se contabilizaron un total de 104 mujeres asesinadas ¹¹³ lo que hace que se sigan estudiando distintas formas de erradicar este problema social.

¹¹³ Ficha estadística de víctimas mortales por Violencia de Género. Año 2014. Ministerio de sanidad, servicios Sociales e Igualdad: Gobierno de España.

Por ello, me gustaría hablar de la “Estrategia Nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer” realizada en el año 2013 por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género que ha supuesto un instrumento para los poderes públicos en la lucha contra la violencia de género. Ha sido un proyecto político que ha pretendido hacer frente este tipo de violencia realizando un plan de acción que ha durado hasta el año 2016. Se quiso, por un lado, unificar las medidas que permitiesen avanzar en la eliminación de violencia contra la mujer, alineando todas las fuerzas de actuación y por otro, se ha pretendido fomentar medidas que sensibilicen y prevengan sobre la violencia de género.

Esta Estrategia Nacional ha desembocado en el reciente pacto político contra la violencia de género. Hay que destacar la importancia de este pacto al tratarse de la primera vez en la que todos y cada uno de los grupos parlamentarios han dejado a un lado sus diferencias para hacer frente a esta problemática.

La eliminación de este problema o su reducción es un reto de toda la sociedad que habrá de llevarse a cabo de manera conjunta por medio de la educación y la concienciación.¹¹⁴

¹¹⁴ Estrategia Nacional para la erradicación de la Violencia contra la Mujer. (2013-2016). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España. Consultado el 3 de julio de 2017 disponible en http://www.uv.es/genero/cas/juridica/Estrategia_Nacional_para_la_erradicacion_de_la_violencia_contr_a_la_mujer_2013-2016.pdf

10. BIBLIOGRAFÍA.

- Alcalé Sánchez. M. (2009). Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal. *REDUR 7*.
- Arroyo Zapatero. L. Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género. Pág. 733-734.
- Boletín del Ministerio de Justicia. (2015) *La difícil protección judicial de la víctima de violencia de género. La dispensa del deber de prestar declaración del Artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.
- España. II Plan Integral contra la violencia doméstica. (2001-2004). Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Pág. 132.
- España. Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004.
- España. Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género. Resumen informe muertes violentas en el ámbito familiar 2001-2005.
- España. Consejo General del Poder Judicial. Observatorio contra la violencia doméstica y de género. La Orden de Protección.
- España. Consejo General del Poder Judicial. Votos particulares al Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, 24 de junio de 2004.
- España. Guía práctica de actuación contra la violencia doméstica. Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001.
- España. Instrucción 3/2003, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de abril de 2003, sobre normas de reparto y registro informático de violencia doméstica.
- El Constitucional avala la Ley Integral contra la Violencia de Género. (14 mayo de 2008).
- España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Observatorio estatal de Violencia sobre la Mujer (2007). Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Madrid.
- Estrategia Nacional para la erradicación de la Violencia contra la Mujer. (2013-2016). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Gobierno de España.

- Fuentes Soriano. O. (2008) Las Medidas de alejamiento y la voluntad de la víctima de reanudar la convivencia con el agresor. Figueruelo Burrieza. A. Estudios interdisciplinarios sobre igualdad y violencia de género. Granada: Editorial Comares.
- García Ortiz. L. 2006. Medidas Judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la ley Integral. Cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el ordenamiento. García Ortiz. L. y López Anguita. B. *La Violencia de Género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*. Madrid: LERKO PRINT, S.A.
- Gutiérrez de Piñeres Botero, C, Coronel, E y Pérez, C.A. (2009). *Revisión teórica del concepto de victimización secundaria*. Universidad Cooperativa de Colombia.
- Hércules de Solás Cardeña. M. *La mediación como herramienta resolutoria en determinados casos de violencia de género*. Documentos de trabajo social nº52.
- Javato Martín. M. (2009). *El quebrantamiento consentido por la propia víctima. Estudio Jurisprudencial*. De Hoyos Sancho. M. Tutela Jurisdiccional frente a la violencia de género. (Pág. 124-148). Valladolid. LEX NOVA, S.A.
- Martínez García. E. *Mediación Penal en los Procesos por Violencia de Género: Entre la solución real del Conflicto y el ius puniendi del Estado*. Centro de Estudios Multidisciplinares en Violencia de Género.
- Melero Bosch. L. V. (2005). *Los Juzgados de Violencia sobre la mujer*. Anales de la Facultad de Derecho.
- Montaner Fernández. R. (2007). *El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora en el quebrantamiento?*
- Muñoz Conde. F. (2010). *Derecho Penal: parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Piñeiro Zabala. I. (2011). *La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim*. Revista jurídica de Castilla y León
- Queralt Martínez. J. J. (2006). *La última respuesta penal a la violencia de género*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía.
- Ramos Ribas. E. (2014). *Los delitos de violencia de género según la jurisprudencia actual. Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 33, nº0.
- Rubido de la Torre. J. L. (2007). *Ley de violencia de género: Ajuste de constitucionalidad en materia Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rubio-Encinas. A. (2012). *La Doble Victimización: Perspectiva desde la Práctica Fiscal*. Congreso para el estudio de la violencia contra las mujeres.
- Sanz-Díez de Ulzurum Escoriaza. J. (2005). Introducción. Sanz-Díez de Ulzurum Escoriaza y Moya Castilla. J.M. *Violencia de Género: Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*. Barcelona: Ediciones Experiencia.
- Sibony. R, Serrano Ochoa. M. A., Reina. O. (2011). *La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género*. Noticias Jurídicas.

- Suarez-Miras Rodríguez. C. (2006). *Algunas cuestiones jurídico penales en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.