



Universidad
de Alcalá

Conceptualización y Evaluación de la violencia de Género

Conceptualization and Evaluation of Gender
Violence

Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado

Autora: Mireia Perera Grande

Tutor: D. Manuel Francisco Alonso García

Co-tutor: D. Francisco Javier Díaz González

Alcalá de Henares, a de de

UAH

Conceptualización y Evaluación de la violencia de Género

Conceptualization and Evaluation of Gender Violence

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autora: Mireia Perera Grande

Tutor: D. Manuel Francisco Alonso García

Co-tutor: D. Francisco Javier Díaz González

Alcalá de Henares, a de de

RESUMEN

Desde que la violencia contra las mujeres en la pareja se ha convertido en un asunto de interés público, el legislador español ha intentado combatirla dentro de un modelo generalista, centrado en la tutela de todos los miembros vulnerables del ámbito doméstico. El proceso continuo de ampliación del círculo de sujetos pasivos que ha tenido lugar debido a las reiteradas reformas del Código Penal ha acabado por oscurecer el problema de la violencia de género al convertirlo en un caso más dentro de un cúmulo caótico de relaciones de subordinación y dominio en el que la mujer aparece como una de las personas más débiles de las relaciones familiares, como los niños, incapaces y ancianos. En el trabajo se pone de manifiesto la importancia de las últimas reformas legales relativas a esta materia; por un lado sus principales novedades, y por otro las constantes modificaciones llevadas a cabo en el articulado, haciendo especial hincapié en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como también en la distinción entre los conceptos de violencia doméstica y de género, mostrándose, en último lugar, las medidas de protección de las que es benefactora la mujer víctima de violencia de género.

Palabras clave: Violencia de género, mujer, medidas de protección, dominio, subordinación, modificación.

ABSTRACT:

The Spanish legislation has attempted to fight violence against the female partner with a generalist model since it became a matter of public interest. This approach focuses on the protection of every vulnerable member of the household. The ongoing process of expanding the circle of victims is due to the recurrent reforms of the Spanish Criminal Code and it has come to shadow gender violence by transforming it into another example of a chaotic cluster of subordinate and dominant relationships where women are portrayed as the weak ones in family relationships, such as children, elder and disabled people. The importance of the last labor reforms regarding this topic is revealed at work. On the one hand, their main changes and on the other hand, the

continuous modifications of the articles, especially the Spanish Organization Act No. 1/2004 of 28 December on comprehensive protection measures against gender-based violence (Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). It has also distinguished between domestic violence and gender-based violence. Finally, there have been protection measures which women who are victims of gender violence can benefit from.

Keywords: gender violence, woman, protection measures, dominant, subjection, modification.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. OBJETIVOS	8
3. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO/MATERIALES Y MÉTODOS	9
4. ORIGEN Y CONCEPTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.	10
4.1. <i>Concepto</i>	10
4.2. <i>Planteamiento histórico. Una nueva era: La Ley integral de Violencia de Género</i>	13
4.3. <i>Diferencias entre la violencia doméstica y la violencia de género.</i>	22
5. BREVE ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.	24
5.1. <i>El delito de lesiones leves y malos tratos de obra del artículo 153.1 Código Penal.</i>	24
5.2. <i>El tipo cualificado o agravado de lesiones constitutivas de delito del artículo 148 Código Penal.</i>	27
5.3. <i>Los delitos de amenazas y coacciones como delitos de violencia de género: artículos 171. 4 y 172 Código Penal.</i>	28
5.4. <i>Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 Código Penal</i>	32
5.4.1. El bien jurídico protegido.	33
5.4.2. La conducta típica del artículo 173.2 Código Penal.	34
6. LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.	39
6.1. <i>Competencia material</i>	39
6.2. <i>Competencia por conexión</i>	41
6.3. <i>Competencia territorial</i>	41
7. LA PROTECCIÓN CAUTELAR PENAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.	43
7.1. <i>La Orden de Protección del artículo 544 ter LECrim.</i>	44
7.2. <i>La Orden de Alejamiento del artículo 544 bis LECrim.</i>	47
7.3. <i>Medidas civiles que pueden ser adoptadas</i>	49
7.4. <i>El quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal.</i>	52
7.5. <i>La Prisión Provisional</i>	55

7.6. <i>Las medidas cautelares anexas convenientes.</i>	57
8. CONCLUSIONES PERSONALES	58
9. BIBLIOGRAFÍA	60
10. ANEXOS	62
10.1. ANEXO 1: VÍCTIMAS MORTALES POR VIOLENCIA DE GÉNERO. AÑO 2016	62
10.2. ANEXO 2: VÍCTIMAS MORTALES POR VIOLENCIA DE GÉNERO. AÑO 2017	62

1. INTRODUCCIÓN

La violencia contra las mujeres por parte de sus parejas masculinas constituye en la actualidad un grave problema social y de salud, sin embargo, no se trata de un fenómeno nuevo sino silenciado durante un largo periodo de tiempo en el ámbito privado del hogar familiar.

En los últimos años, la violencia doméstica y de género ha sido uno de los temas permanentes en el debate político-criminal, matizando que se trata de un problema que afecta principalmente a las mujeres. Sin embargo, no hay que olvidar que, aunque sea en menor medida, la violencia también alcanza a menores y a ancianos dependientes de la víctima que conviven en el domicilio.

Este no es un problema de nueva aparición, la historia está plagada de violencias asumidas, consentidas, legitimadas, cuando no amparadas por los ordenamientos legales. Como estableció Marie France Hirigoyen asegurando que *por lo general nuestra sociedad tiende a establecer una jerarquía en las clases de violencia, y a considerar que unas violencias son más graves que otras, habiendo además cierta tolerancia respecto de la violencia conyugal, siempre que ésta permanezca en el ámbito privado y no perturbe el orden público.*

Se dice que la violencia contra las mujeres es el resultado de la idea del dominio masculino y de los valores que reflejan este poder sobre las mujeres. Desde una óptica de género esta dominación se entiende como patriarcal, o patriarcado, entendido como un *“sistema de organización social en el que los puestos claves de poder –político, económico, religioso y militar- se encuentran, exclusivamente o mayoritariamente, en manos de varones”.*

Además, se ha observado a lo largo de los años, que en las sociedades en las que no existe una jerarquía formal de privilegios de unos grupos sobre otros, donde hombres y mujeres ejercen el mismo poder, los niveles generales de agresión y de violencia contra la mujer son inferiores. En cambio, el sistema social del patriarcado integra un mensaje claro que afirma que los más poderosos se hallan en su derecho de dominar a los menores poderosos y que la violencia se contempla como una herramienta válida y necesaria para ello.

Si en la actualidad los casos de violencia sobre la mujer son noticia y salen a la luz pública es porque cada vez es mayor el número de denuncias, debido a una mayor toma de conciencia de la mujer respecto a sus derechos a su papel en la pareja, en la familia y en la sociedad, unido a una mayor sensibilización social respecto al problema. La violencia domestica ha dejado de verse como un problema de ámbito privado para ser considerado un problema que afecta a la sociedad en su conjunto.

En el ámbito jurídico es frecuente pensar que el principio de igualdad es evidente y que está de más insistir en él. Sin embargo, la realidad social nos muestra que muchas conductas, incluida la de violencia sobre la mujer tiene su origen en estos estereotipos y tabúes sobre la inferioridad de la mujer, que distan de estar superados.

Con respecto al mencionado ámbito jurídico, la perspectiva de género se introdujo en nuestro sistema de justicia penal, fundamentalmente tras la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual, intenta reconducir esta situación a través de la definición de la violencia de género como aquélla que sufren las mujeres como consecuencia de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres.

En resumen, la respuesta social es un elemento esencial en la lucha para erradicar el problema. La mencionada Ley, la cual será objeto de estudio en este trabajo y cuerpo fundamental de él, es sin duda una herramienta necesaria para ello, pero no suficiente. Urge la necesidad de abordar la verdadera causa del problema, su naturaleza ideológica. Una cuestión de ideología de género que afecta tanto a hombres como a mujeres en esta sociedad.

2. OBJETIVOS

El objetivo principal de este trabajo, es conocer y entender la realidad de la violencia de género, mediante la adquisición de los conocimientos básicos para la comprensión de esta violencia como un fenómeno estructural, lejos de lo anecdótico.

Para lograr este objetivo es necesario lograr otros objetivos más específicos, éstos son:

1. Entender el origen de la discriminación hacia las mujeres.
2. Conocer qué es y cómo funciona el sistema sexo-género.
3. Comprender qué es la violencia de género y cómo se genera.
4. Conocer los tipos penales aplicables para este tipo de actos.
5. Especificar las consecuencias que acarrea la realización de esta práctica.
6. Dar a conocer algunas de las medidas de las que disponen las mujeres víctimas de violencia de género.

3. PLANTEAMIENTO DEL TRABAJO/MATERIALES Y MÉTODOS

El método seguido para la realización de este trabajo ha sido una revisión bibliográfica tanto de monografía impresa como electrónica, de revistas, publicaciones de distintos autores que han comentado este problema, circulares de la Fiscalía General del Estado, documentación y datos aportados por diversos organismos internacionales en sus páginas Web, así como la revisión de numerosos y diferentes textos legales relativos a la violencia de género.

Aunque el objetivo final de este trabajo es conocer y comprender mejor la realidad de la Violencia de Género, he creído necesario explicar algunas cuestiones previas que nos ayuden a entender la complejidad de dicha práctica. Por eso, a través de este trabajo intento ir desgranando desde lo más general a lo más específico, comenzando con el concepto de la Violencia de Género y su planteamiento histórico en el cual se hace especial hincapié en las numerosas reformas que ha sufrido el Código Penal en relación a los tipos delictivos en materia de violencia de género. Al mismo tiempo he querido hacer una breve mención a la diferenciación, a mí entender imprescindible, que existe entre la violencia doméstica y la violencia de género.

En el punto 5.: “BREVE ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO”, he querido describir los diferentes tipos delictivos en relación a la violencia de género; tanto físicos como psicológicos, y como se encuentran regulados en la actualidad, tras las diversas reformas, la última de ellas la llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Por último, una vez vistos todos estos conceptos previos, intento ofrecer una visión, dentro de lo que me ha sido posible, lo más completa respecto a las distintas medidas cautelares de protección que ostenta la mujer que ha sido o está siendo víctima de violencia de género.

4. ORIGEN Y CONCEPTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

4.1. Concepto

La definición más aceptada de violencia de género fue la propuesta por la ONU en 1995: *“Todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psíquico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”*.

En este marco conceptualizamos la violencia como *“la coacción física o psíquica ejercida sobre una persona para viciar su voluntad y obligarla a ejecutar un acto determinado”*. Dicha violencia puede abarcar formas diversas: física, verbal, psíquica, sexual, social, económica, etcétera. Unas formas de coacción que se han ejercido, en mayor o menor medida, a lo largo de la historia.

Por otro lado, el concepto de violencia de género es introducido en nuestro ordenamiento penal por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOVG en adelante), que la define como la *“... la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...”*. Un tipo de violencia que, como reconoce la Exposición de Motivos del mencionado texto legal, *“se dirige sobre las mujeres por el hecho de ser mujeres”¹*. Por tanto, esta violencia se restringe a la que ejerce un hombre sobre una mujer con la que vive o ha convivido o tienen una relación análoga de afectividad.

¹ En puridad, salvo el concepto de “violencia” – claramente definido por el Código Penal y perfilado por la jurisprudencia – los demás conceptos que definirán el ámbito de aplicación de esta ley son complejos y de contenido pluridisciplinar.

El artículo 1.3 de la citada ley, en lo que a violencia de género se refiere, “*comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad*”

Pese a comprender todo acto de violencia física y psicológica, no todo acto de esta naturaleza podrá ser definido como violencia de género, pues será preciso aun, de acuerdo con el artículo 1.1 de la LOVG, que aquélla se ejerza *sobre las mujeres, por parte de quienes sean o hayan sido cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligadas a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre ellas*².

La finalidad buscada por la Ley parece ser garantizar el principio de igualdad entre el hombre y la mujer en las relaciones de pareja, favoreciendo que la mujer salga de ese ámbito relacional cuando se haya generado ese desequilibrio. Dicho texto, introduce un concepto capaz de abarcar cualquier delito violento, incluidos el de violencia habitual o doméstica y el maltrato o lesión singular del artículo 153, y al que se anudan determinadas consecuencias penales, gravosas para el reo³, además de otras muchas de orden procesal, civil, etc⁴.

Desde una perspectiva meta-jurídica se puede explicar el concepto de violencia de género a partir de sus raíces basadas en el sistema sexo/género de impronta fuertemente patriarcal⁵. El concepto “género” incluye la construcción social elaborada sobre la base de la existencia de dos sexos biológicos, sobre los que se construyen pautas de identidad y de conducta que se predicán de cada uno de los sexos. Es decir, socialmente se construyen dos géneros a los que atribuye roles, identidad, poder, recursos, tiempos y

² En la exposición de motivos de esta misma Ley se recuerda que ya la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 definió la violencia contra las mujeres, que constituye un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

³ Ver los artículos 83, 84 y 88 del Código Penal.

⁴ Opina QUERALT JIMÉNEZ (vid. “La repuesta penal de la ley orgánica 1/2004 a la violencia de género (1)” en La Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2006, pág 146) que en la *Ley Orgánica 1/2004 la menor parte corresponde a aspectos penales sustantivos: “lo decisivo es el resto de dicha norma”, pues “se pretende evitar en el futuro tener que recurrir al Derecho Penal que, como sabemos, es la última ratio y, por definición, en muchos casos, solo puede actuar como afirmación de la sociedad, pero sin poder evitar o paliar el descalabro personal”*.

⁵ ANÓN, M.J./MESTRE, R. (2005), “Violencia sobre las mujeres. Discriminación, subordinación y Derecho”, La nueva ley sobre la violencia de género, BOIX/MARTÍNEZ (Coor), op.cit., pág. 33 y ss.

espacios diferenciados. “Como consecuencia de esta socialización interiorizada, el género masculino resulta ser expresión de un valor de superioridad y el género femenino de subalternidad y estas representaciones están en la base de las relaciones de poder que subyacen a la violencia sobre las mujeres, cuya finalidad no conlleva necesariamente la intención de causar un daño a la otra persona, aunque habitualmente lo ocasione, sino someter y controlar a otra persona mediante la fuerza⁶. Se debe partir de la indubitada premisa de que la mujer no es un sujeto vulnerable, la hace vulnerable el agresor a través del ejercicio de la violencia.

En resumen, no siempre que se haya cometido un delito violento existirá un delito de violencia de género, estableciendo una serie de requisitos⁷:

- En primer lugar, que el autor sea un hombre y la víctima una mujer.
- En segundo término, que ambos estén o hayan estado casados o bien exista o haya existido entre ellos una relación sentimental de similar afectividad.
- Y, por último, que el acto de violencia se manifieste como una discriminación del primero respecto de la segunda por razón, precisamente, de la condición femenina de la víctima, evidenciándose en el acto una situación de desigualdad, una relación de poder del autor sobre la mujer.

La violencia de género se trata de una designación referida a “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada”. Es decir, el acento en este tipo de violencia se pone en que su génesis debe buscarse en la desigualdad estructural del género femenino respecto del masculino en una sociedad patriarcal, supone la superación del concepto de violencia contra la mujer ya consignado en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁸, que, aunque incluye semejantes

⁶ CORSI, J., “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar” *Violencia familiar: Una mirada interdisciplinaria sobre un grave problema social*, Paidós, 1997, pág. 23 y ss.

⁷ RAMÓN RIBAS, EDUARDO., ARROM LOSCOS, ROSA., NADAL GÓMEZ, IRENE,.; “*La Protección frente a la Violencia de Género: Tutela Penal y Procesal*”. Dykinson, S.L. Madrid. 2010. Pág 16 y 17

⁸ En virtud del artículo 1 de la referida Declaración, constituye violencia contra la mujer “*todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública o privada*”

manifestaciones externas de actos violentos no supone imputar a esa desigualdad culturalmente construida la génesis de dicha violencia⁹.

4.2. Planteamiento histórico. Una nueva era: La Ley integral de Violencia de Género

El uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres. Desde una perspectiva actual se trata de una forma de relación social desigualitaria, como forma de control y sometimiento ejercido por el hombre a la mujer.

La violencia de género ha sido durante muchos años un problema negado, ubicado dentro del ámbito privado y familiar. Por esta razón, nunca ha sido un problema político, tampoco social y cuanto menos jurídico, la consecuencia inmediata de ello era la imposibilidad real de conseguir una intervención pública, ello llevaba a que la víctima no denunciara y si se atrevía a hacerlo, policía y/o jueces tenderían a minimizarlo, animando a la víctima a volver a casa con su verdugo¹⁰.

Sorprendentemente, en 1405 Cristina de Pizán realizó un alegato histórico alegórico sobre la desigualdad entre el hombre y la mujer en la sociedad medieval, que en gran parte, goza de una singular actualidad. La autora intentó romper estereotipos de su época a través de la lectura de los clásicos, intentando dar explicación al por qué de la exclusión de la mujer en determinados ámbitos de la vida social y profesional¹¹.

Sin embargo, parece llamativo que hasta muy avanzado el siglo pasado no se encuentre ninguna referencia precisa a esta forma específica de violencia en los textos internacionales, salvo acaso como expresión indeterminada de una de las formas de discriminación contra la mujer proscrita por la Convención de Naciones Unidas de 1979¹². Es a partir de los años noventa cuando empieza a consolidarse su empleo gracias

⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coor.); “*Violencia de Género y sistema de Justicia Penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. (Pág. 31-37)

¹⁰ CALVO GARCÍA, M. *El tratamiento de la violencia doméstica en la administración de justicia*, Centro de Documentación Judicial, 2003

¹¹ DE PIZÁN, C. *La ciudad de las damas*, Siruela, 1985.

¹² Es una asimilación que, según indica María Durán Febrer, se repitió con motivo de la Constitución Europea en cuyo debate se excluyó la referencia a la lucha contra la violencia de género por entender que se deducía de la igualdad de género recogida como valor en que se fundamenta la Unión Europea. “Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género” en la Revista Artículo 14. Una perspectiva de género. Instituto de la Mujer. Número 17. Diciembre de 2004. Págs 4 y 5.

a iniciativas importantes tales como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del mismo año, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing (1995¹³).

De las anteriormente citadas, es importante hacer una mención de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993 cuando reconoce que ésta “*constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre*”¹⁴, y de la Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 16 de septiembre de 1997 que vincula “*el desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso o político*”¹⁵...

En España, la protección penal de las mujeres frente a la violencia doméstica comenzó, con la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que incorporó el delito de malos tratos en el artículo 425 del anterior Código Penal. Eso sí, sin que se aludiera específicamente al colectivo de mujeres frente al de los hombres, a pesar de que, según el Preámbulo de esta Ley, la incorporación de este delito obedeciera a la “deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas

¹³ Véase TERESA FREIXES SANJUÁN. “*Las normas de prevención de la violencia de género. Reflexiones en torno al marco internacional y europeo*” en la Revista Artículo 14, citada, Número 6. Año 2001. Pág. 4 y ss. Se refiere extensamente a ese retraso en la visualización internacional del problema con datos interesantes, ADELA ASÚA “*Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en la legislación española*”, <http://info.juridicas.unam.mx>. Págs. 2 ss.

¹⁴ Resolución 48/104 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En parecidos términos, la IV Conferencia Internacional de Beijing de 1995 proclama que la violencia contra las mujeres es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que ha conducido a la dominación de la masculina, a la discriminación y a impedir el pleno desarrollo de la mujer”. Cfr. Instituto Español de la Mujer. “La violencia ejercida contra las mujeres”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Número 42. Pág 231. Véase también una declaración similar en la Convención Interamericana para prevenir, punir y erradicar la violencia contra la mujer, de 1994. Un comentario sobre ella en Carla Fernanda de Marco. “A desigualdade de gênero e a violência contra a mulher à luz da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher”. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº44. Ano 11, julho –setembro, 2003, Págs. 66 y ss.

¹⁵ A4-0250/1997 (Ponente Eriksson).

sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo¹⁶ por los que habría de entenderse, básicamente, mujeres y niños.

Este artículo rezaba lo siguiente:

“El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”.

Este delito fue, valorado positivamente por la doctrina¹⁷ y pasó a incorporarse en el Código Penal de 1995 con un contenido similar casi idéntico en el artículo 153, que en su redacción inicial constaba del siguiente tenor:

“El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”.

Con esto se amplió el círculo de posibles sujetos pasivos, sin embargo, conllevó una serie de cuestiones problemáticas, de las cuales, la más significativa fue la determinación del bien jurídico protegido, jugando un doble papel con resultados extremos, ya que, había autores que entendían que el bien jurídico en él protegido era el mismo que en las lesiones, mientras que otros rechazaban su conexión con las lesiones y sostenían que el bien jurídico protegido era el bienestar y el honor, o la dignidad personal o la paz y convivencia familiar. Y entre ambos extremos, también había autores que sostenían que en dicho delito, relacionándolo parcialmente con las lesiones, se protegían bienes jurídicos alternativos (la salud o el bienestar personal), es decir, que se trataba de un bien jurídico mixto (la salud o integridad física y la pacífica convivencia y armonía en el seno del grupo familiar); o que se trataba de un delito pluri-ofensivo.

Consideraciones que vinieron a complicarse tras la reforma del artículo 153 por la Ley 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección de las víctimas de malos tratos, con la que se pasaba a dar cabida a los malos

¹⁶ NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA (directora) *“Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género”*, tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 26 y ss.

¹⁷ QUINTERO OLIVARES, *“Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”*, ADPCP 1898, pág. 937.

tratos psíquicos, hasta la fecha carentes de una tipificación expresa como tales. La principal novedad introducida por esta Ley fue en relación a los posibles sujetos pasivos del delito de malos tratos, permitiendo apreciar este delito aun cuando en el momento en que se ejercieron las violencias el vínculo matrimonial hubiera dejado de existir, o la análoga relación de afectividad, cesado.

Concretamente, tras esta Reforma de 1999 el artículo 153 quedaba redactado como sigue:

“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 de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

Esta misma Ley trató de aclarar que es lo que había de entenderse por habitualidad. A este respecto, el legislador introdujo cuatro pautas para apreciar la habitualidad: varios actos de violencia acreditados; conexión temporal de los mismos; posibilidad de que los actos violentos recaigan sobre la misma o sobre diferentes víctimas; e irrelevancia de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores¹⁸. Sin embargo, ni siquiera con ello se lograba dar la claridad necesaria a esta cuestión.

En este sentido, la Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, que disponía lo siguiente: “De acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial dictada fundamentalmente a propósito de habitualidad en la receptación¹⁹ para poderse hablar de habitualidad en los malos tratos, el sujeto activo ha de llevar a cabo “tres o más actos²⁰”. Pero hay que puntualizar, que la propia Fiscalía estableció que no se trataba solo de una mera constatación numérica, sino que para poder afirmar la habitualidad de la violencia era

¹⁸ NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA (directora) *“Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género”*, tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 33 y ss.

¹⁹ Véase a este respecto las, SSTS, entre otras, de 28-02-1997; 20-05-1997 y 14-06-1997

²⁰ Fiscalía General del Estado, Circular 1/1998 cit., pág. 9. Y múltiples referencias jurisprudenciales pueden consultarse también en GRACIA MARTÍN, en Comentarios cit., pág. 460 y nota 153.

necesario realizar otras comprobaciones, como que los actos violentos tuvieran una cierta proximidad temporal²¹.

Pero no terminan aquí las reformas de este delito. Nuevamente la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, venía a trasladar el conocido como delito de malos tratos al Título VII del Libro III en el artículo 173.2, donde se encuentran los delitos de tortura y contra la integridad moral, lo que venía a poner fin a la polémica nombrada anteriormente de ubicación en sede de lesiones y a zanjar la cuestión de si realmente era la salud el bien jurídico en el protegido, pasando a ser concebido como un delito contra la integridad moral si bien en el ámbito de las relaciones familiares o cuasifamiliares a que se refiere el precepto²².

Concretamente, el artículo 173.2 configurado a partir de ahora como un tipo agravado de los delitos contra la integridad moral, quedaba redactado de la siguiente forma:

“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.”

²¹ Fiscalía General del Estado, Circular 1/1998 cit. Pág. 9. Planteamiento que era apuntado ya con anterioridad por la Fiscalía en la Circular 2/1990 (loc.cit., pág. 218) y por, entre otros CUENCA SÁNCHEZ, ob.cit., pág. 1186.

²² MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte Especial, 15ª edición, Valencia 2004, pág. 187.

Como se puede comprobar, la ampliación del círculo de posibles sujetos pasivos respecto a la regulación anterior es considerable.

Pero la mayor novedad introducida por esta Ley, fue la de incorporar un nuevo delito de violencia contra las personas vinculadas al agresor (art. 153 del CP):

“El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 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 en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

Con esto podemos observar que se elevan a delito muchos actos que, en principio, serían consideradas como meras faltas.

Asumida esta realidad, el paso siguiente consistía en adoptar las decisiones políticas necesarias para erradicar el problema localizado con los instrumentos propios de una sociedad que se rige por los principios de libertad, justicia y seguridad²³.

En tal sentido, la decisión adoptada por el legislador ha sido clara y tendente a no tolerar ningún tipo de violencia hacia la mujer dentro del ámbito de las relaciones afectivas. La decisión política pudo ser otra, tan legítima como ésta, pero la visualización que todos los representantes parlamentarios tuvieron debido a la cruda realidad que muestran las estadísticas terminó por imponer una voluntad unánime en el Parlamento y su fruto fue la LO 1/2004, de 28 de diciembre²⁴, la cual modificó varios articulados del Código Penal, entre ellos, y siendo los más significativos en la materia que nos ocupa:

²³ MONTERO, J./ MARTÍNEZ, E., “*Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género*”, Tutela procesal frente a los hechos de violencia de género (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L), *Estudis Jurídics*, núm. 13, 2007, pág. 133 y ss.

²⁴ Por lo que se refiere a la evolución legal de este problema, y aen el año 1981 se celebra en Bogotá el I Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe y entre otros acuerdos se decide la propuesta de convertir en jornada de reflexión sobre el tema de violencia sobre las mujeres el día 25 de noviembre. Se

- El introducir en el artículo 148 como factor agravante la pena prevista para las lesiones del artículo 147.1 el que “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” y el que “la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (art. 36 LO1/2004 y 148 del Código Penal).
- Se reduce la conducta típica en sede de malos tratos del artículo 153, ya que desaparece la referencia a las amenazas leves con armas, que pasan a reubicarse en la sede de los delitos contra la libertad.
- Con respecto a las amenazas, se le añaden al artículo 171 del Código penal dos nuevos apartados (4 y 5), elevándose a categoría de delito; por un lado, la amenaza leve si el amanzado es esposa o mujer que esté o haya estado ligada al sujeto activo por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable, y por otro, las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos si el amenazado es cualquier otra persona de las mencionadas en el artículo 173.2 distinta a las contempladas en el apartado 4 mencionado.

Podemos entender que la violencia de género se enfoca por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, según se indica en su Preámbulo, de un modo integral y multidisciplinar, por lo que dicha Ley abarca los aspectos preventivos, educativos, socio-asistenciales y de atención

trata éste de uno de los primeros momentos más señalados, pues por primera vez supuso la visualización de este conflicto social y jurídico. Años después, en la Conferencia Internacional de la Mujer organizada en 1987 en la República Federal Alemana se acuerda declarar el día 25 de noviembre como “Día Internacional por la Violencia contra las Mujeres” y, por fin la ONU, dio carácter oficial a este día en el año 1999. En todo este proceso, el protagonismo del movimiento feminista ha sido determinante. Ya en nuestro marco estatal, la evolución de este proceso es similar. A partir de 1998 las organizaciones de mujeres lucharon por esta visibilización del problema, implicando en la lucha al Estado, como corresponsable en promover las condiciones de igualdad entre el hombre y la mujer. Se trata, pues, de un problema de Estado que le exige remover obstáculos y generar políticas integrales en materia de género. No será hasta las Elecciones Generales del año 2000 cuando los dos grandes partidos, el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español, asumen la necesaria encomienda de elaborar una Ley Integral que aborde este fenómeno. A mediados del 2002, una vez el PSOE se encuentra en el poder, se inicia un debate parlamentario que no contó con el apoyo del PP. Pero la cuestión ya apuntaba ser una prioridad para el Gobierno y ello generó una sensación social de que algo estaba cambiando en la tolerancia existente en materia de violencia de género.

Años más tarde, una vez de nuevo el PSOE en el gobierno se presenta el primer proyecto de Ley en materia, que sería aprobado con el voto unánime de todos los diputados presentes en esa sesión parlamentaria del Congreso el 22 de diciembre de 2004.

posterior a las víctimas, la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones y normas de naturaleza penal no exentas de polémica. Es decir, esta Ley conlleva entre otras previsiones penales, el incremento de la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como la conversión en delito de las coacciones y amenazas leves, en principio constitutivas de falta, en caso de que se cometan contra las mujeres mencionadas con anterioridad²⁵. Indicándose a continuación que “Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipo penales específicos”.

Por último, el 1 de julio entró en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En este sentido, con respecto a las novedades cabe significar que:

1. Se introduce la discriminación por razón de género como circunstancia agravante de responsabilidad criminal (art. 22.4 CP);
2. Se tipifica el matrimonio forzado ²⁶(art. 172.bis. CP);
3. Se regula el delito de acoso o acecho, también conocido como ‘*stalking*’ (art. 172 ter. CP);
4. Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad mediante la tipificación del nuevo delito de difusión de imágenes obtenidas con consentimiento de la víctima pero sin autorización para su difusión: ‘*sexting*’ (art. 197.7 CP);
5. Se tipifica como delito de quebrantamiento de condena la manipulación de los dispositivos técnicos cuyo objetivo es controlar el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares (art. 468.3 CP);

²⁵ NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA (directora) “*Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*”, tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 25 y ss.

²⁶ En lo que afecta a la tipificación del matrimonio forzado conviene no pasar por alto que la tipificación penal de esta conducta se reduce a los casos en los que haya concurrido ‘*intimidación grave o violencia*’. La dicción literal del art. 172 bis CP lo deja claro cuando dispone que “*El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado ...*”.

6. Se suprimen las faltas de tal forma que la actual falta de amenaza se tipifica como delito leve (art. 171.7 CP) y la actual falta de coacción también pasa a tipificarse como delito leve (art. 172.3 CP);
7. Con respecto a las injurias leves y las vejaciones injustas leves salen del ámbito penal salvo en los casos de violencia de género que pasan a tipificarse como delitos leves (art. 173.4 CP);
8. Se incluye el género como uno de los motivos que llevan a cometer los llamados delitos de odio contra un grupo o persona determinada (art. 510 CP);
9. Se establece un régimen único de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (art. 83.1 CP). No obstante, en el caso de delitos relacionados con la violencia de género siempre se impondrán las siguientes prohibiciones: prohibición de aproximación a la víctima, prohibición de residencia en un lugar determinado y deber de participar en programas de igualdad de trato y no discriminación (art. 83.2 CP);
10. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad condicionada al pago de una multa en el caso de los delitos relacionados con la violencia de género únicamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre el condenado y la víctima no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de descendencia común (art. 84.2 CP);
11. Se amplía el ámbito de imposición de la libertad vigilada (art. 106 CP) que se podrá imponer en todos los delitos contra la vida (art. 140 bis), en los delitos de lesiones y maltrato de obra cuando se trata de víctimas de violencia de género (art. 156 ter CP) y en los delitos de violencia física o psíquica habitual (art. 173.2 CP);

Un aspecto que debo reseñar con respecto a la reforma penal acometida, y con una incidencia directa en los casos de violencia de género, es que a pesar de que para la persecución de los delitos leves se requiere la denuncia previa de la persona agraviada o perjudicada (o de su representante) este requisito de perseguibilidad se excepciona en los casos de violencia de género así como en el nuevo delito de acoso, acecho o *'stalking'*.

4.3.Diferencias entre la violencia doméstica y la violencia de género.

Como plantea M^a Lisa Maqueda, es oportuno diferenciar entre violencia de género y violencia doméstica, ya que no hacerlo “contribuye a perpetuar la probada resistencia social a reconocer que el maltrato a la mujer no es una forma más de violencia, que no es circunstancial ni neutra sino instrumental y útil en aras de mantener un determinado orden de valores estructuralmente discriminatorio para la mujer” (Maqueda, 2006).

En primer lugar, la violencia doméstica es la ejercida por y sobre los sujetos relacionados en el 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 ..” Es decir, es aquella que se produce en el marco del domicilio o en el ámbito de determinadas estrechas relaciones familiares o convivenciales.

Por otro lado, como ya se ha establecido anteriormente, la violencia de género, se ejerce sobre la mujer con la que el autor tiene o ha tenido una relación conyugal o afectiva análoga a la conyugal, con o sin convivencia (también relaciones de noviazgo), es la violencia inferida por hombres contra mujeres, por el mero hecho de serlo y es manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales. No guarda relación con situaciones de vulnerabilidad asociadas a un déficit de capacidad jurídica o debilidad biológica. Se corresponde exclusivamente con una vulnerabilidad social.

Por tanto, la diferencia es punitiva (hay comportamientos que se castigan más severamente) y de fuero judicial, el Juzgado de Violencia sobre la mujer solo conoce actos de violencia de género (y actos de violencia doméstica cuando afecta a los hijos a la vez o después que daña a la madre).

En segundo lugar, la violencia doméstica o la violencia intrafamiliar, que pueden considerarse términos sinónimos, constituyen formas de designar los compartimentos violentos que se producen en un determinado ámbito relacional, con independencia del género al que pertenezcan sujeto agente y sujeto pasivo, pero que en ocasiones pueden ser también manifestaciones de la violencia de género. Es decir, los términos violencia doméstica o intrafamiliar y violencia de género no aluden así a realidades concéntricas. Así en los supuestos en que la agresión conyugal o de pareja sea de un hombre contra una mujer y tenga un componente de discriminación por razón del género nos podemos hallar frente a un supuesto de violencia de género que a la vez sea de violencia doméstica, lo que no implica que todos los supuestos de violencia de género tengan dicho componente de discriminación o menosprecio al género ni que todos los supuestos de violencia doméstica o intrafamiliar deban producirse en el seno de la familia o en el desarrollo de estrechas relaciones personales²⁷.

De ello sacamos que, en la violencia doméstica, el **bien jurídico protegido** es la paz familiar²⁸, es decir, constituye un tipo de violencia que, al margen de las distintas causas que la pueden haber originado, supone una afrenta contra la paz o la armonía familiar.

En la violencia de género, sin embargo, el **bien jurídico protegido** es tanto la dignidad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja como la igualdad material o real de los miembros (heterosexuales) de esa pareja.

Por tanto, y para concluir con este punto, la violencia doméstica o intrafamiliar puede caracterizarse como aquella que, producida sobre determinadas personas integrantes de la unidad familiar supone o puede suponer daño físico, psicológico, afectación a la libertad sexual y también privación de medios económicos²⁹. Entre las

²⁷ VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coor); *“Violencia de Género y sistema de Justicia Penal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. (Pág. 33)

²⁸ De conformidad con la STS 20172007: *“que las agresiones a descendientes, ascendientes o hermanos de la víctima que no convivan en el domicilio familiar y que no requieran tratamiento médico o quirúrgico serán constitutivas de una falta de lesiones, ahora delito leve de lesiones de 147.2 y 3 y no de un delito del artículo 153”*.

²⁹ Al respecto, ALBERDI y MATAS, *“La violencia doméstica: informe sobre los malos tratos a mujeres en España”*, en *Colección de Estudios Sociales*, nº 10, Fundación La Caixa, 2002, consideran que la violencia doméstica incluye todo acto de violencia llevado a cabo por quienes sostienen o han sostenido un vínculo afectivo, conyugal o de pareja, paterno-filial o semejante con las víctimas.

manifestaciones posibles de estos fenómenos violentos, especialmente en los supuestos de violencia doméstica contra la pareja, se incluyen las siguientes³⁰:

- a. **Violencia física:** conceptualizada como todo daño no accidental que provoque o pueda provocar daño físico o enfermedad, como bofetadas, empujones o patadas.
- b. **Violencia psicológica o maltrato psicológico:** más difícilmente identificable y delimitable, identificado con los atentados a la integridad moral de la víctima, esto es, con conductas orientadas a la desvalorización o sufrimiento de otra persona.
- c. **Violencia sexual:** identificada por la imposición de relaciones sexuales.
- d. **Violencia patrimonial:** una de las más modernas manifestaciones de la violencia doméstica, identificada con la privación de medios materiales para el sustento – propios o aportados por el maltratador – a la víctima, aunque también podría constituir expresión de este tipo de violencia el empleo de objetos materiales sentimentalmente significativos para la víctima como forma de dañar la estabilidad de ésta.

5. BREVE ANÁLISIS DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

5.1.El delito de lesiones leves y malos tratos de obra del artículo 153.1 Código Penal.

El **artículo 153** Código Penal establece lo siguiente:

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 golpear o maltratare 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,

³⁰ Vid., por todos, BENÍTEZ JIMÉNEZ, Violencia contra la mujer en el ámbito familiar, op.,cit.,pp.34 y ss. Aun cuando la violencia económica no siempre se incorpora como manifestación de la violencia doméstica. No la incluyen por ejemplo, ALBERDI y MATAS, o.u.c., o CERESO DOMÍNGUEZ, “Las víctimas de la violencia doméstica”, en BACA/ECHEBURÚA/TAMARIT (Coords.), Manuel de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp.165-166.

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 artículo 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.

Este precepto castiga determinadas conductas que causan un daño (físico o psíquico) a la salud, daño que es leve. Ese daño puede ser un menoscabo psíquico o una lesión que no requiera para su curación tratamiento médico o quirúrgico (artículo 147.1 del CP nos define el delito de lesión castigado con pena de prisión de 3 meses a 3 años o multa de 6 a 12 meses) o bien un golpe o maltrato de obra sin causar lesión; la segunda implica un mínimo de violencia directa sobre la mujer (empujones o tirones, por ejemplo) supuestos para los que reservamos el término de delito de maltrato de obra. Frente a la agravación por género (153.1) o por violencia doméstica (153.2) tenemos los delitos leves de los artículos 147.2 y 3 (castigados con multa de 1 a 3 meses y de 1 a 2 meses).

En el caso de que la sanidad de la lesión requiera tratamiento médico o quirúrgico (artículo 147 pena de prisión de seis meses a tres años), puede resultar aplicada en violencia de género el artículo 148.4 del CP (las lesiones previstas en el artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido 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).

De esta forma, el marido que golpea a su mujer cometerá un delito aunque la lesión que causa no requiera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico, e incluso, aunque no exista lesión. Pero también cometerá delito la mujer que realice idéntica conducta sobre su marido, ex marido, pareja o ex pareja, pues el referido número 2 del artículo 153.2 castiga las mismas conductas tipificadas en el número 1 cuando se producen entre los sujetos relaciones en el artículo 173.2.

La diferencia entre las dos conductas referidas no radica en que una haya dejado de considerarse falta y la otra no, pues ambas son actualmente definidas como delito, sino en que la primera constituirá un delito de violencia de género y la segunda no. Tienen un régimen jurídico distinto, lo cual puede apreciarse, además de en la pena para ambos comportamientos prevista (la pena de prisión prevista en el artículo 153.1 es la de prisión de seis meses a un año, mientras en el número 2 del mismo artículo se prevé la imposición de una pena de prisión de tres meses a un año: el límite inferior, por tanto, se reduce a la mitad), en la sumisión de los delitos de violencia de género a reglas más severas en materia de suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad que se hubiere impuesto³¹.

Por otro lado, el precepto continúa estableciendo:

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

En el art. 153.3 CP se dispone que las penas previstas en los apartados primero y segundo se impondrán en su mitad superior si concurren una serie de circunstancias:

1. El delito resulta cualificado cuando los actos se perpetren en presencia de menores, destacándose que esta agravación se debe a las funestas consecuencias que acarrearán para el normal desarrollo psicológico y afectivo de los menores el haber presenciado esta serie de hechos violentos³² en el entorno familiar.
2. Se procede a una cualificación por la utilización de armas, desvalorándose el peligro que presentan dichos instrumentos para la salud, al igual que procede con la cualificación del art. 148.1º CP. El traslado de las amenazas leves con arma del art. 153 al art. 171 CP habría eliminado la posibilidad de conculcar el principio

³¹ RAMÓN RIBAS, EDUARDO; ARROM LOSCOS, ROSA; NADAL GÓMEZ, IRENE. “La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal”, Dykinson, S.L., Madrid, 2010 (pág 38 y ss).

³² ALMARCHA BARBADO, “La violencia en el ámbito familiar”, en RODRIGUEZ YAGÜE, VALMAÑA OCHAÍTA, La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos, Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2000, pág. 143.

non bis in ídem cuando la agravación del 153.3 CP se fundamente en la utilización de armas, tal como se planteaba con la anterior ubicación sistemática de tales conductas, ya que en el art. 171 el empleo de armas no se contemplaría como agravación específica³³.

3. De igual forma se cualifica el delito por el incumplimiento de las penas contempladas en el art. 48 CP o bien por una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.
4. También se agrava la pena aplicable cuando el delito tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima. El domicilio debe identificarse con cualquier local, por humilde y precaria que sea la construcción, donde viva la persona de que se trate, incluso en calidad de residencia temporal. Se estimaría domicilio, cualquier lugar cerrado donde transcurra la vida individual y familiar, sirviendo como residencia, estable o transitoria. No se aplicaría por lo tanto el tipo cualificado cuando la agresión se produjera en un lugar en el que la víctima estuviese en una forma esporádica³⁴.

5.2.El tipo cualificado o agravado de lesiones constitutivas de delito del artículo 148 Código Penal.

El artículo 148 el Código Penal presenta una agravación del régimen jurídico – penal de las lesiones, si bien en esta ocasión referida a las lesiones del artículo 147, esto es, las que requieran para su sanidad una primera asistencia facultativa y posterior tratamiento médico o quirúrgico³⁵.

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:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

³³ Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado.

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 757/2006 (sección 2), de 6 de septiembre.

³⁵ RAMÓN RIBAS, EDUARDO; ARROM LOSCOS, ROSA; NADAL GÓMEZ, IRENE: “*La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*”. Dykinson, S.L., Madrid, 2009. Pág 41 y ss.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o persona con discapacidad necesitada de especial protección.

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.

5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Hay que tener en cuenta, que en este caso, la agravación no es automática, pues se establece que las lesiones del apartado 1 del artículo 147 podrán ser castigadas con la pena de prisión de 2 a 5 años (en vez de con la pena de prisión de 6 meses a tres años, por lo que la elevación de pena es considerable) si la víctima fuere o hubiere sido pareja del agresor, atendiendo al resultado causado o riesgo producido. Es decir, es posible que la realización del tipo penal del artículo 147.1 por parte de un hombre sobre la pareja o expareja no determine la aplicación del artículo 148³⁶.

5.3. Los delitos de amenazas y coacciones como delitos de violencia de género: artículos 171. 4 y 172 Código Penal.

Las amenazas leves se encuentran reguladas en el artículo 171.4 del Código Penal el cual establece que:

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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

³⁶ RAMÓN RIBAS, EDUARDO; ARROM LOSCOS, ROSA; NADAL GÓMEZ, IRENE: “La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal”. Dykinson, S.L., Madrid, 2009. Pág 42.

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

Si hacemos un análisis de este precepto podemos destacar lo siguiente:

- a) **El bien jurídico protegido** es el sosiego y la tranquilidad de las personas, titulares del indiscutible derecho a desenvolver su vida sin estar atemorizados ante la eventual ejecución de los anunciados actos ilícitos ajenos.
- b) Es una infracción punible de **simple actividad**, de expresión o peligro. Eso es, no es preciso para el ilícito de amenazas que el autor tenga la intención de llevar a cabo el mal anunciado, pues reitero se trata de un delito de simple actividad³⁷, no muy alejado de los delitos de peligro³⁸.
- c) **El núcleo típico radica en el anuncio de un mal serio, real y perseverante.**
- d) **El mal anunciado habrá de ser injusto, determinado, posible, dependiente de la voluntad del sujeto activo y originador de la natural intimidación.** Se excluyen por tanto las expresiones vagas.
- e) **Se trata de una infracción circunstancial**, en la cual hay que valorar los actos anteriores, coetáneos y posteriores, las expresiones utilizadas y la ocasión en que se profieren.
- f) Por último, la concurrencia de un dolo consistente en la **intención de presionar a la víctima, intimidándola, y, en definitiva, privándola de su tranquilidad y sosiego personal**³⁹.
- g) Hay que tener en cuenta, que la amenaza leve prevista en este artículo puede realizarse con o sin armas (no hay mayor sanción), ya sea de un mal constitutivo de delito o no.

En relación a este precepto, debo poner de manifiesto el establecido en el artículo 169 del Código Penal, que establece lo siguiente:

El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad,

³⁷ Véase STS 110/2000, de 12 de junio.

³⁸ Véase STS 1986/2000, de 22 de diciembre.

³⁹ Véase STS 2 de febrero de 1981, 13 de diciembre de 1982, 12 de febrero y 30 de abril de 1985, 11 de junio y 18 de noviembre de 1989, 2 de diciembre de 1992, 12 de junio de 2000 entre otras.

torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.

Por otro lado, el artículo 172 en su párrafo primero del Código Penal establece que:

El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

También se impondrán las penas en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

Precepto que hay que ponerlo en relación con el segundo apartado:

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 persona con discapacidad necesitada de especial protección, 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.

Fuera de los casos anteriores, en el tercer apartado de este precepto se establece que “el que causare 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.

Sin embargo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173 (*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(...)*), la pena será la 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, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 3 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior.

Analizando lo establecido anteriormente, el bien jurídico protegido en el delito de coacciones es la libertad de obrar y de autodeterminación de la persona.

La reiterada jurisprudencia exige que concurren los siguientes requisitos:

- Una **acción del sujeto activo antijurídica** sin legitimidad utilizando la violencia. Sin embargo, esta puede ser una “**vis física**” (ej: coger del brazo), una “**vis compulsiva**” o intimidatoria con presión moral (ej: llamadas incesantes) o una “**vis in rebus**” que se refleja en los derechos del sujeto pasivo y que es equivalente a la violencia personal (ej: amenazas a cosas del sujeto pasivo).

- **El fin** de este “modus operandi” consiste en impedir hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto (ej: obligar a alguien a hablar con él y a que retome la relación):
- Además, debe de existir un **ánimo tendencial, consistente en un deseo de restringir la libertad ajena:**
- Y por último, una **relación de causalidad** entre la acción compulsiva y el resultado generado por la misma.

Con relación al elemento subjetivo debe actuar movido por la **finalidad principal de coartar la libertad ajena**, no siendo suficiente el conocer y querer que se compele violentamente a otro, si no que ha de constituir la finalidad esencial, excluyéndose la comisión imprudente⁴⁰.

En síntesis, observamos que la regulación establecida, en el ámbito de las amenazas y de las coacciones, es paralela a la establecida en el ya analizado artículo 153.

5.4.Las violencias habituales en el ámbito familiar: artículo 173.2 Código Penal

En el artículo 173.2 del Código Penal se encuentra regulado el delito genuino que mejor define la violencia de género. Nos encontramos ante una violencia instrumental, es decir, la cual se despliega para lograr el objetivo de asegurar el dominio del agresor sobre la mujer. Esta violencia es continua y reiterada pero no constante sino intermitente, conocerá los tres ciclos del círculo: acumulación de tensión, explosión y luna de miel.

Este precepto reza lo siguiente:

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

⁴⁰ Véase STS de 7 de Junio de 1986 y 16 de Octubre de 1995.

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.

5.4.1. El bien jurídico protegido.

A este respecto, la STS de 22 de enero de 2002, anterior a la reforma de 29 de septiembre de 2003, establecía *“que puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código Penal. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código Penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad -artículo 10 -, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes -artículo 15- y en el derecho a la seguridad -artículo 17-, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39.”* Pudiendo afirmarse que el bien jurídico protegido es **“la paz familiar**, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.”

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad moral, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañando el primer núcleo de toda

sociedad como es el núcleo familiar; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno, por lo que nada impide penar separadamente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas sin vulnerar con ello el principio de ne bis in idem.

Así por ejemplo, en la Sentencia de 22 de Febrero de 2005 se señala que la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por una serie de elementos subjetivos, tales como la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota de dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se realiza el ataque. En esta línea, la Sentencia de 8 de Mayo de 2002 señala que podrán ser integradas dentro de los ataques contra la integridad moral aquellas conductas susceptibles de producir en las víctimas “sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral⁴¹”.

Por lo tanto, este tipo no solo protege el derecho a la integridad moral, sino también, el derecho a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad que supone no solo el derecho a la vida sino también a la integridad física y moral.

5.4.2. La conducta típica del artículo 173.2 Código Penal.

La acción típica del delito es ejercer violencia física o psíquica de modo habitual sobre alguna o algunas de las personas contenidas en el tipo.

Por tanto, el comúnmente conocido como delito de maltrato habitual, si bien el término “maltrato” no aparece en el tipo que analizamos, puede producirse a través de agresiones físicas o psíquicas. Nada especifica el precepto respecto a la gravedad objetiva del comportamiento, pero como la consumación del delito es concebible sin resultado lesivo alguno cabe entender que las agresiones leves también podrán formar la habitualidad. De acuerdo con la teoría más generalizada, sí pueden existir malos tratos

⁴¹ Idéntica afirmación en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Abril de 2003 y de 25 de Septiembre de 2007. En sentido similar la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007 que considera autores de un delito contra la integridad moral a quienes desarrollan una actitud tendente a vejear y humillar con comportamientos crueles e inhumanos.

psíquicos independientes de cualquier lesión física, en el caso de los malos tratos físicos éstos llevan inherente un maltrato psíquico. En cada episodio de malos tratos se ataca el orgullo, los sentimientos de valía personal, la confianza, el respeto y la lealtad a la víctima⁴².

A) Violencia corporal

La violencia corporal relevante requiere en todo caso, y como mínimo, que se produzca algún impacto en el cuerpo del sujeto pasivo⁴³, es decir, el maltrato corporal suele consistir en empujones, tirones de pelo, bofetadas, golpes, patadas, quemaduras, mordeduras, intentos de estrangulamiento, puñaladas, y en último término la muerte de la víctima. De este modo, quedan incluidas tanto las agresiones leves como las graves, si bien hay que señalar que la gravedad de las lesiones físicas producidas por el maltrato doméstico es mayor cuando aumenta la frecuencia de las agresiones convirtiéndose en habituales⁴⁴.

B) Violencia psíquica

La violencia psíquica es aquella conducta que agrede la psiquis del sujeto pasivo, ya sea de forma directa o como consecuencia de una agresión anterior⁴⁵. Este tipo de violencia no coincide exactamente con la *vis moralis* o intimidación, ya que, como indicó la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1999; “la intimidación no describe en el tipo objetivo una reacción psicológica de la víctima, sino una situación en la que ésta, según la experiencia general, se encuentre en una situación que normalmente debe limitar su capacidad de acción y de decisión. La intimidación es un elemento de la acción del sujeto activo y no una reacción subjetiva – psicológica – de la víctima”.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3ª), de 22 de diciembre de 2005, remitiéndose a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001, señala que por violencia psíquica cabe entender la creación de una

⁴² VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coordinadora): “*Violencia de género y sistema de justicia penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pág 173 y ss.

⁴³ CUELLO CONTRERAS, J.: “*El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad*”, en Poder Judicial, nº32, 1993, pág 12.

⁴⁴ VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coordinadora): “*Violencia de género y sistema de justicia penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pág 175 y ss.

⁴⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coordinadora): “*Violencia de género y sistema de justicia penal*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pág 179 y ss.

situación estresante y destructiva cargada de inestabilidad que no permite a la persona sometida a la misma el libre desarrollo de su personalidad, en definitiva, el acoso, la tensión y el temor creados deliberadamente por un miembro del entorno familiar o afectivo sobre aquel que perciba más débil.

C) La habitualidad

El maltrato habitual se recoge en los apartados 2 y 3 del art. 173 del Código Penal, bajo la mención en el apartado segundo “***El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre...***” y pasa a enumerar a los sujetos pasivos del tipo. Los factores que nos indican cómo considerar que existe habitualidad nos los da el apartado tercero: “*Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al **número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores***”.

Pero este apartado **no expresa qué número de actos son suficientes ni cuál es la conexión temporal que tiene que existir entre los mismos**. Nos encontramos, entonces, con un **concepto jurídico indeterminado** que, como en otras ocasiones, los Tribunales interpretan y le dan sentido.

En cuanto al requisito cuantitativo, el número de actos de violencia que conforman la habitualidad en el maltrato, en un principio se recurrió a la interpretación del art. 94 del Código Penal, que establece que “*se consideran reos habituales a los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello*”.

Según esta interpretación, se consideraría que **tres actos de violencia serían suficientes para entender que existe habitualidad, sin embargo la jurisprudencia ha matizado este requisito y exige que se cree un “estado de agresión permanente⁴⁶”, sumando tanto los actos de violencia física como aquellos que supongan violencia**

⁴⁶ Véase también, la sentencia del TS 1208/2000, de 7 de julio que establece que “*lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el tracto violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente*”

psíquica, tal como menciona la STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 20 de abril de 2015⁴⁷. Esto es así, dado que en este delito lo que se castiga es la creación de un clima de violencia permanente o sostenida. Dicho estado de agresión permanente también acoge el criterio de proximidad temporal, por lo que si los actos son lejanos en el tiempo no se apreciará esta permanencia⁴⁸. Es decir, si en un mismo día hay tres actos de violencia física espaciados en diversos momentos, pero no se vuelve a repetir esa situación, no puede hablarse de habitualidad, aunque hayan existido tres actos. Hay que atender a la situación, al contexto, a la persistencia del clima enrarecido de convivencia generado por esos episodios de violencia reiterados que, aunque sean espaciados, están presentes de una forma latente en todo momento.

En esta línea, la Sentencia 662/2003 de 18 de abril, por su parte, expresa que es preciso para la habitualidad, "un ámbito temporal de proximidad" y que "la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido".

De igual forma hay que tener en cuenta, tal como expresa el art. 173.3 CP, que es **indiferente si los actos violentos han sido o no enjuiciados previamente**. Así, en la STS, Sala Segunda, de lo Penal, de 5 de noviembre de 2015 STS⁴⁹ se estableció que: "*los hechos por separado dan lugar a varios delitos de maltrato, lesiones —con instrumentos peligrosos y deformantes—, y detención ilegal, mientras que en su conjunto conforman un delito de maltrato habitual*⁵⁰".

⁴⁷ SP/SENT/813132

⁴⁸ En la jurisprudencia menor la sentencia de 24 de julio de 2000 de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona absuelve del delito del art. 153 pues "es cierto que se ha producido una repetición de actos violentos, pero estos no son reveladores de la habitualidad, dado que no se da el requisito de proximidad cronológica. Así y de acuerdo con los hechos probados... tales actos violentos datan de 12 de marzo de 1992 y 24 de junio de 1998 (habiendo transcurrido entre ellos un periodo de seis años y tres meses), así como el que ha dado origen a las presentes actuaciones que data de 13 de septiembre de 1998; que si bien se encuentra próximo en el tiempo con el hecho por el que el imputado fue condenado por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de esta Ciudad; dos hechos de acuerdo con lo expuesto anteriormente no pueden ser calificados como de habitualidad a los efectos de aplicar el art. 153 del Código Penal (actual art. 173.2)".

⁴⁹ SP/SENT/832303

⁵⁰ Véase al respecto, la SAP Madrid, Sec. 26.ª, de 26 de noviembre de 2015, en la que el relato es poco preciso respecto a las fechas y circunstancias, pero contundente en su contenido por lo que afecta a la descripción de ciertos episodios, lo que lleva a la calificación de maltrato habitual.

En este sentido, es importante resaltar también que **la penalidad de los delitos por separado y en conjunto a través del delito de maltrato habitual no vulnera el principio *non bis in idem***, por cuanto este no es una agravación de los anteriores, sino un delito autónomo que da respuesta a un bien protegido diferente, en aquellos casos, puede ser la integridad física, psíquica o la libertad de la persona y, en el caso de la habitualidad, **el bien jurídico protegido es la paz familiar y la pacífica convivencia**, encontrándose también su tipificación en diferentes títulos del Código Penal.

Por último el precepto aclara que la habitualidad puede construirse con actos de violencia ejercidos sobre distintos sujetos pasivos. Ahora bien, ha de tratarse de violencias generadas dentro de un mismo marco convivencial⁵¹. No será habitualidad si se repiten actos de violencia con el cónyuge y con el ex-cónyuge. De ahí se derivará que cada entorno familiar dará lugar a una infracción del art. 173.2:

- Si se están ejerciendo reiteradas violencias sobre varios hijos y el cónyuge habrá un único delito del art. 173.2.
- Pero si simultáneamente se producen maltratos respecto del ex-cónyuge, tendremos dos delitos del art. 173.2 en concurso real.

Sobre la habitualidad existe ya un relevante número de pronunciamientos jurisprudenciales. La STS 414/03 explica que "*la habitualidad se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujetos pasivos siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.*"

La habitualidad, viene a constituirse en el elemento configurador del tipo y aparece definida por la concurrencia de los elementos citados, que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza, en cada caso, sobre su concurrencia o no; por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada⁵².

⁵¹ En este sentido, Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado que en este punto rectificaba la interpretación que sostenía la Circular 2/1990 para la que no se podían acumular malos tratos ejercidos sobre sujetos pasivos diferenciados.

⁵² DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO.: "*Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal*". Pág. 482 y ss.

6. LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER.

El artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga a los Juzgados de Violencia sobre la mujer (JVM en adelante) competencias tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil, mezclando criterios de competencia funcional y de competencia objetiva por razón de la materia: así, los mencionados Juzgados conocerán:

6.1. Competencia material

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior⁵³.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia (actuaciones urgentes e inaplazables durante el servicio de guardia y fuera del horario de atención al público y

⁵³ Tal competencia se adquiere siempre que, además, haya existido un acto de violencia de género tal y como han venido entendiendo las Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales. De este modo, y a título de ejemplo, sin producido el impago de las pensiones alimenticias, se ha iniciado ante los JVM actuaciones por unos hechos de los descritos en el art. 87 ter. De la LOMPIVG, los JVM atraerán la competencia sobre aquél. Por el contrario, si el delito contra los derechos y deberes familiares es cometido de forma aislada la competencia la asumiría el JI.

Véase además, AAP 16/12/2005.

órdenes de protección ⁵⁴cuando la víctima tenga su domicilio fuera del partido judicial en que se produce la detención).

d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

e) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente.

No hay una previsión para los delitos patrimoniales, más allá de la cláusula de delito cometido con violencia o intimidación.

Artículo modificado por la LO 7/2015 de 21 de julio de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En el orden civil los JVM podrán conocer:

a) Los de filiación, maternidad y paternidad.

b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.

c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.

d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.

f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

⁵⁴ La orden de protección se sustenta en una resolución judicial en forma de auto, adoptándose tras la correspondiente audiencia contradictoria, cuya finalidad esencial es la de constatar el supuesto de hecho que permite su adopción (art. 544 ter 1.º LECrim), y por la que se otorga al beneficiario de la misma un estatuto integral de protección formado por medidas penales, civiles y de prestación o asistencia social.

g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

La competencia para conocer de estas materias la ostentan los JVM, de forma exclusiva y excluyente, de concurrir simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.

c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

6.2. Competencia por conexión

La Competencia por conexión se encuentra regulada en el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciendo que los delitos conexos ⁵⁵se comprenderán en un solo proceso y, por tanto, ante un solo Juzgado. Dicho esto, el art. 17 bis del mismo texto legal, nos dice que:

“La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3º y 4º del artículo 17 de la presente ley, es decir, los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución, o bien, los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos”.

6.3. Competencia territorial

En relación a la competencia territorial, debemos advertir que el art. 544 ter apartado 3.º de la Ley 27/2003 otorga a la víctima, la facultad de solicitar la Orden de Protección ante cualquier Juzgado de Instrucción, aunque no sea el territorialmente competente. Así

⁵⁵ Véase artículo 17 de la LECrim para ver que se entiende por delito conexo.

dicho Juzgado, receptor de la solicitud, deberá resolver sobre la petición, remitiendo las actuaciones al JVM territorialmente competente (en igual sentido, art. 61.2 de la LO 1/2004)

Dicho esto, el fuero establecido en la LO 1/2004 no deja lugar a dudas, pues, tal y como señala el art. 59 de la LOMPIVG, al añadir un nuevo art. 15 bis a la LECrim será territorialmente competente el Juez del lugar del domicilio de la víctima. De este modo, el Legislador ha optado por sustituir el fuero tradicional del lugar de comisión de los hechos por el del domicilio de la víctima, siendo la finalidad la de aproximar a la misma la Justicia, lo que no siempre se consigue, pues, en no pocas ocasiones, la mujer abandona el domicilio en un intento de alejarse del agresor⁵⁶.

Sin embargo, debemos advertir que tal previsión, al poner en manos de la víctima, a través de continuos cambios de domicilio, la determinación del juzgador desde el punto de vista territorial, debe resultar limitada de alguna manera. En este sentido el Tribunal Supremo en un Pleno no jurisdiccional dio respuesta a esta importante cuestión en un Auto de 31 de enero de 2006. El Alto Tribunal concluyó que era competente el juzgado del domicilio de la víctima en el momento en el que se produjeron los hechos, por cuanto dicho criterio responde mejor al derecho al Juez legalmente predeterminado por la ley, no haciéndolo depender de continuos cambios de domicilio (entendido, “ex”, art. 40 CC, como lugar de residencia habitual de las personas⁵⁷).

¿Y si existen varios domicilios y uno de ellos fuera accidental? Si éste es el caso el domicilio determinante será el habitual de la víctima⁵⁸.

¿Qué prueba puede acreditar el domicilio habitual? En el auto del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2010 se alude al certificado de empadronamiento, tarjeta sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente y a la correspondencia bancaria.

¿Y en los casos de cambio de domicilio? Es interesante en este punto el mismo auto anterior, de 9 de junio de 2010, donde indica que será competente el Juzgado de Violencia

⁵⁶ Véase, RAMÓN RIBAS, EDUARDO; ARROM LOSCOS, ROSA; NADAL GÓMEZ, IRENE.: “*La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*”, Dykinson, S.L., Madrid, 2009. Pág 84 y ss.

⁵⁷ En igual sentido, la Circular de la FGE 4/2005.

Vid sobre el tema ATS 599/2006, de 3 de marzo, sobre la excepción a la regla general del *forum delicti commissi* que supone el art. 15 de la LECrim introducido por la LO 1/2004

⁵⁸ Véase ATS de 15 de febrero de 2008

en que la mujer tenga su arraigo cuando sucedieron los primeros hechos porque los segundos derivan de aquéllos y son conexos. No se trata de una mutación de domicilio posterior a los hechos sino de un domicilio preexistente que tras los hechos abandona.

7. LA PROTECCIÓN CAUTELAR PENAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Las medidas mencionadas las encontramos reguladas en el Capítulo IV Título V de la Ley Integral “Medidas judiciales de protección y seguridad de víctimas”, en este sentido el artículo 61 establece que:

1. “Las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales”.

2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.

Al amparo de los artículos objeto de este estudio, se puede proteger a la víctima de una violencia de género, si bien las medidas penales que regulan los mismos pueden parecer que son iguales, (medidas de alejamiento, medidas de prohibición de comunicación, prohibición de residir en determinados lugares...), pero la naturaleza, alcance y eficacia de las mismas son distintos, pudiéndose adoptar de forma acumulada y/o sucesiva según los casos.

Desde una perspectiva penal, las medidas a las que nos referimos, pueden ser:

- a. Orden de protección (arts. 62 LOVG y 544 ter LECrim).
- b. Orden de alejamiento (arts. 64 LOVG y 544 bis LECrim).
- c. Suspensión de las comunicaciones, salida del domicilio y prohibición de volver al lugar del delito (art. 64 LOVG)
- d. Detención (arts. 13 y 489 ss. LECrim).

- e. Prisión provisional (arts. 502 ss. LECrim).
- f. Suspensión del derecho al porte, tenencia y uso de armas (art. 67 LOVG)
- g. Existiendo otros instrumentos tendentes a asegurar la aplicación y existo de estas medidas como, por ejemplo, el uso de medios tecnológicos, la protección de testigos, etc.

Las medidas civiles adoptables son:

- a. Suspensión cautelar de la patria potestad o custodia de menores (art. 65 LOVG).
- b. Suspensión del régimen de visitas (art. 66 LOVG).
- c. Atribución de la vivienda (art. 64 LOVG).
- d. Prestación de alimentos.

Por último, y antes de entrar a definir cada una de las medidas mencionadas, no está de más recordar que la STC 108/2004 estableció que *la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de las medidas cautelares siempre que se adopten por resoluciones fundadas en derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto el exceso.*

7.1.La Orden de Protección del artículo 544 ter LECrim.

A) Concepto

La orden de protección nace con la Ley 27/2003, de 31 de julio⁵⁹. Se trata de una resolución judicial, que en los casos que existe incoado proceso penal por comisión de delitos de violencia doméstica y de género y exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, permite al Juez ordenar su protección mediante la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales, así como para que se proceda a iniciar un procedimiento administrativo sobre medidas de asistencia y protección social⁶⁰. Es decir, se trata de “una acción coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como aquellas

⁵⁹ BOE 1 de agosto de 2003

⁶⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: “*La Tutela Judicial de la Violencia de Género*”. Iustel, Madrid, 2008. Pág. 166 y ss.

medidas protectoras de orden civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad” (Exposición de Motivos de la LOVG).

Como medida cautelar, en ningún caso esta orden puede ser un fin en sí mismo, sino una forma de evitar situaciones objetivas de riesgo para la víctima que denuncia y se encuentra dentro de un proceso penal que durará algún tiempo. No sólo se pretende garantizar el resultado del proceso (la futura ejecución de una hipotética sentencia de condena que le lleve a la cárcel), sino evitar riesgos para la víctima y una posible reincidencia. Ello hace que por naturaleza tenga también un carácter temporal y que se le imponga al Juez la obligación de alzarla cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a su adopción bien porque desaparece el riesgo bien porque la víctima decide voluntariamente volver con su pareja⁶¹.

B) Características

Para la adopción de cualquier medida cautelar de naturaleza penal resulta necesaria una ponderación de determinados presupuestos ⁶²a fin de averiguar si la restricción del derecho en cuestión y las razones que urgen al Juez a restringirlo estén suficientemente justificadas, exigiendo expresamente el artículo 68 de la Ley Orgánica 1/2004:

- Mediante auto motivado (razones fácticas y jurídicas que llevan al Juez a limitar el derecho en cuestión de forma proporcionada y necesaria)
- Siendo igualmente preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal
- Estando presente o, como mínimo, citado el presunto agresor (respecto a los principios de contradicción, audiencia y defensa).

La orden de protección solo puede adoptarse por el órgano jurisdiccional legalmente competente en el marco de un proceso penal (Juzgado de Guardia o Juzgado de Violencia sobre la Mujer⁶³).

⁶¹ VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coordinadora): “*Violencia de género y sistema de justicia penal*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pág. 331.

⁶² Véase, MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: “*La Tutela Judicial de la Violencia de Género*”. Iustel, Madrid, 2008. Pág. 166 y ss.

⁶³ MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: “*La Tutela Judicial de la Violencia de Género*”. Iustel, Madrid, 2008. Pág. 167.

Como ya he apuntado anteriormente, este tipo de medida tiene un carácter temporal, y se le impone al Juez la obligación de alzarla cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a su adopción (desaparece el riesgo porque la víctima decide voluntariamente volver con su pareja) o incluso, subsistiendo éstas, si no se cumplen las condiciones exigidas legalmente para el mantenimiento de las medidas de carácter civil, a saber, la presentación de la demanda de separación o divorcio (art. 544 ter párrafo 7).

Una vez dictada sentencia, si fuera condenatoria dichas medidas cautelares podrán convertirse en medidas ejecutivas con idéntico contenido pero diferente naturaleza; por otro lado, si la sentencia es absolutoria, dichas medidas cautelares podan subsistir y mantenerse en fase de recursos (art. 69 LOVM)

La modificación y agravación de las medidas civiles por el órgano penal exige la petición de parte, salvo lo atinente a los hijos que se puede adoptar de oficio (arts. 544 ter párrafo 7 y 505.4 LECrim, respectivamente). Su revocación o aminoración de la agravación, por su lado, pueden ser tanto de oficio como a instancia de parte.

En el artículo 64.3 LOVM se prevé que el Juez pueda recurrir a instrumentos tecnológicos para asegurar el cumplimiento de la medida cautelar de alejamiento.

C) Presupuestos para su adopción

La adopción de cualquier medida cautelar exige del Juez el control de dos presupuestos⁶⁴:

- La existencia de indicios suficientes que apunten sobre un delito o falta contra la vida, integridad físico o moral libertad sexual, libertad y seguridad de alguna de las personas citadas en el artículo 173.2 Código Penal cometido por el imputado en cualquiera de sus grados de participación (*fumus boni iuri*)
- Que la víctima se encuentre en una situación de riesgo que genera un peligro para la víctima en la demora de esta decisión (*periculum in mora*), es decir, la situación objetiva de riesgo de reiteración delictiva sobre la víctima contra los bienes de la víctima.

⁶⁴ Véase, MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: “*La Tutela Judicial de la Violencia de Género*”. Iustel, Madrid, 2008. Pág. 169 y ss.

En ocasiones la constatación del riesgo para la víctima será fácilmente deducible de las circunstancias del caso, tales como:

- La existencia de lesiones objetivadas en el correspondiente parte médico de urgencias y del informe de sanidad elaborado por el médico forense;
- En los casos de delito flagrante
- O en aquellos en los que existe prueba testifical que refuerce la versión de la denunciante.

Es por tanto determinante que la Policía realice un buen atestado, consignando no sólo las manifestaciones de la víctima, sino también los signos de haber sido agredida que observen directamente los agentes, tales como heridas o moratones, así como su estado de ánimo en el momento de la intervención, los testigos que pudieran dar razón de los hechos, si la mujer fue asistida en un Centro Médico⁶⁵, etc. Se trata de buscar testigos directos, no tanto de la agresión concreta, pero sí lo son respecto de lo directamente oído y visto, como por ejemplo, enseres de la casa rotos, golpes o heridas sobre la víctima tras una discusión, etc⁶⁶.

En aquellos otros supuestos en los que el Juez cuente únicamente con la manifestación de la víctima frente a la del presunto autor, se complica notablemente esa valoración, como en el caso de las amenazas o coacciones realizadas en la más pura intimidad, sin testigos, resultando esencial en tales casos que el Juez pueda analizar no sólo la verisimilitud de la denuncia, sino si realmente la víctima está en situación objetiva de riesgo. Esto es así hasta el punto de que, pese a la oposición de la víctima, se puede otorgar la orden⁶⁷.

7.2.La Orden de Alejamiento del artículo 544 bis LECrim.

⁶⁵ Véase, MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: *“La Tutela Judicial de la Violencia de Género”*. Iustel, Madrid, 2008. Pág. 170 y ss.

⁶⁶ Vid. La Instrucción 10/2007 relativa a la valoración del riesgo por la Policía y realización del atestado.

⁶⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 696/2007, de 29 de mayo, el órgano jurisdiccional puede estimar la existencia de ese “pronóstico de peligro”, basado en tres datos: la concurrencia de indicios de la existencia del delito imputables al cónyuge o pareja, las circunstancias propias que rodean al imputado y el hecho de que la propia “oposición de la víctima demuestra que está mediatizada por el delincuente”. Además, se viene teniendo en cuenta en la evaluación de este pronóstico de peligro la existencia de otras sentencias de condena, que contribuyen a objetivar el riesgo (Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 634/2007, de 16 de mayo).

Es la medida más frecuente en este tipo de infracciones. Introducida en nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 14/1999, de 9 de junio, que incorporó al articulado de la LECrim el artículo 544 ⁶⁸bis, el cual abarca diferentes figuras, que pueden ordenarse del siguiente modo:

- 1) Prohibición de residir en determinados lugares.
- 2) Prohibición de acercamiento, tanto a determinados lugares como a determinadas personas.
- 3) Prohibición de comunicarse con determinadas personas.

Por tanto se trata de una medida cautelar que obliga a un distanciamiento del agresor respecto de su víctima como medio para asegurar la integridad física y moral de ésta. Los contenidos propios de esta medida pueden alcanzar al derecho a residir en un determinado lugar, a comunicarse con la víctima o con aquellas personas que determine el Juez, a la prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares y otras personas que determine el Juez, así como a acercarse a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro que sea frecuentado por ellos, pudiendo quedar en suspenso, en consecuencia, el régimen de visitas respecto de los hijos o derivarse a un Punto de Encuentro familiar⁶⁹.

El art. 64 LOVG regula esta medida de alejamiento como medida cautelar, adoptable de oficio o a instancia de parte.

En caso de incumplimiento por parte del inculcado, el artículo 544 bis permite la agravación de la medida cautelar hasta poder llegar a su grado más restrictivo, como es

⁶⁸ LECrim, art. 544 bis: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculcado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

En caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”

⁶⁹ VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coor.); “Violencia de Género y sistema de Justicia Penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. (Pág. 350)

la prisión provisional, a partir de los criterios de “incidencia en el incumplimiento, motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar⁷⁰”. El nuevo tenor del artículo 468 CP introducido por la LOVG, impone que “en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren” estas penas y medidas cautelares o de seguridad en los casos del 173.2 CP.

El periodo de duración debe constar en el auto que motive tal orden de alejamiento, a pesar del silencio establecido en el art. 544 bis o artículo 64 LOVG. A este respecto, es el artículo 57 del CP el que limita la pena prevista a los 10 años:

“(…) se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

7.3. Medidas civiles que pueden ser adoptadas

Están previstas y reguladas en el punto séptimo del art. 544 ter LECrim:

“Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal cuando existan hijos menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, determinando su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil. Cuando existan menores o personas con capacidad judicialmente modificada que convivan con la víctima y dependan de ella, el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las referidas medidas.

Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente”

⁷⁰ VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coor.); “Violencia de Género y sistema de Justicia Penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. (Pág. 351)

Las medidas civiles acordadas en una orden de protección tienen un plazo de vigencia de treinta días, transcurrido los cuales, si las partes no han interpuesto la correspondiente demanda civil, quedarán sin efecto. Si en el plazo de treinta días, las partes presentan la demanda civil, la vigencia de las medidas acordadas en la orden de protección se prorroga otros treinta días desde la interposición de la demanda.

Las presentes medidas son accesorias de las medidas penales, de acuerdo con una interpretación teleológica de la LO 1/2004, lo que impone que la misma situación objetiva de riesgo para la víctima que servía para legitimar una medida penal, sirve ahora para legitimar la medida civil, de forma que el Juez de Violencia no podrá adoptar estas medidas civiles si no se adoptan las penales por inexistencia de este riesgo⁷¹.

Las medidas serán las siguientes:

- a) **Suspensión de la patria potestad:** consiste en la privación de la custodia y régimen de visitas, tanto para los casos en los que exista sentencia firme de condena por estos actos como con carácter provisional, porque el interés de los hijos está por encima de los del progenitor. Viene regulado en el artículo 65.1 de la LOVG estableciendo que: *El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.* Pero como objeto de una medida cautelar no se puede privar de dicho derecho, sino sólo suspenderlo.

- b) **Suspensión del régimen de visitas:** la nueva LOVG establece que el Juez bien de forma cautelar, bien una vez recaída sentencia firme penal, puede proceder a suspender el régimen de visitas (art. 66). Sin embargo, la suspensión del régimen de visitas en el seno de un procedimiento penal no puede adoptarse de forma automática, sino valorando en todo caso las circunstancias concurrentes y fijando como criterio rector de dicha decisión en todo caso el interés, no de las partes, sino del menor⁷². En la práctica son muchas las víctimas que no se oponen a que

⁷¹ MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: “*La tutela judicial de la Violencia de Género*”. Iustel, Madrid, 2008. Pág198 y ss.

⁷² La Audiencia Provincial de Valencia, entre otras, en las Sentencias de 10 de febrero y 3 y 10 de marzo de 2005 afirma que “*el derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya*

el padre siga viendo a los hijos, si bien en los casos en los que la fijación de un régimen de visitas suponga un riesgo para la mujer, o cuando exista además una situación de alcoholismo o dependencia a las drogas por parte del imputado, puede acordarse un régimen de visitas restringido o tutelado, estableciendo por ejemplo que los menores pernoctarán en todo caso en el domicilio de la madre o que las visitas se realizaran en todo caso con la presencia de un familiar o persona de la confianza de ambos padres⁷³.

- c) **La atribución del uso de la vivienda:** en este sentido, el art. 64.1 de la LO 1/2004, establece que: “1. *El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo*”. Por otro lado, en su apartado segundo se destaca la posibilidad de permuta: “2. *El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen.*”
- d) **Prestación de alimentos:** dentro de los deberes que conlleva el ejercicio de la patria potestad se encuentra el deber de prestar alimentos y cubrir las necesidades de los hijos de acuerdo con la posición social de la familia. De esta forma, el órgano jurisdiccional debe valorar el status familiar para determinar la cuantía de la prestación. Una adecuada cobertura alimenticia es mecanismo protector de la

educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo”.

⁷³ MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: “La tutela judicial de la Violencia de Género”. Iustel, Madrid, 2008. Pág 200

posición personal y procesal de los miembros más débiles de la familia y en situación de especial vulnerabilidad ante un episodio de tolerancia, de ahí que se aconseje incluir este término dentro de la orden de protección⁷⁴.

Por último, estas medidas solo pueden ser impuestas a instancia de parte, pues como medidas civiles que son rige el principio de rogación, y en principio el Ministerio Fiscal solo las solicitará si hay menores o incapaces.

7.4.El quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal.

El artículo 468 del Código Penal quedó redactado de la siguiente forma:

1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada.

La actual redacción equipara la sanción del quebrantamiento de las penas contempladas en el art. 48 CP con el de las medidas cautelares o de seguridad, estableciendo, en todo caso, pena de prisión de seis meses a un año siempre que hubieran sido impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2.

Este precepto ha creado muchas dudas respecto al valor que se le da al consentimiento de la víctima a favor del que se dicta la medida de alejamiento o de prohibición de comunicación. La naturaleza es totalmente distinta respecto si se trata de medida cautelar o dictada en sentencia firme. En el primer caso es una medida preventiva restrictiva de derechos y que, por tanto, si se modifican las circunstancias que dieron lugar a que fuera dictada podrá ser revocada con posterioridad, antes de que se dicte sentencia. Por el contrario, si es una prohibición de acercamiento dictada en sentencia, ya no nos encontramos ante meras sospechas, quedando acreditado que es autor de un delito y, cuya

⁷⁴ MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: “La tutela judicial de la Violencia de Género”. Iustel, Madrid, 2008. Pág 201

pena es la prohibición de acercamiento, como pena accesoria recogida en el artículo 48 del Código Penal, por lo que tiene la misma consideración que la pena de prisión.

Pero... *¿Qué pasa con el incumplimiento consentido?*

A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo 755/2009 recoge los principales argumentos para negar virtualidad a ese consentimiento de la mujer que reanuda la relación con su marido o compañero tras una Sentencia condenatoria o el dictado de una medida de protección en su favor:

- 1) El bien jurídico protegido es el principio de autoridad y además no cabe disponer por parte de la víctima de bienes jurídicos como la vida y la integridad corporal, si se entendiera que la razón última de la medida es la protección de tales bienes.
- 2) El consentimiento de la víctima no permite exonerar de responsabilidad penal a quien comete un hecho delictivo perseguible de oficio⁷⁵.
- 3) El derecho penal sobre violencia de género tiene unas finalidades que no se pueden conseguir si se permite a la víctima dejar sin efecto decisiones acordadas por la autoridad judicial en su favor.
- 4) La práctica diaria nos enseña que los consentimientos se prestan en un marco intimidatorio innegable, en el que la expareja se conoce demasiado bien y utiliza, para lograr la aceptación del otro, artimañas engañosas, cuando no el recurso a sentimientos fingidos o falsas promesas.

En este sentido, se ha planteado si en tales casos sería posible hablar de algún tipo de responsabilidad penal de la propia víctima que consiente el acercamiento de su marido o compañero pese a la orden de protección o a la pena de alejamiento. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 902/2010 de 21 de octubre señala lo siguiente: “... *la única duda se suscitara acerca de la posible responsabilidad como partícipe de la propia mujer si se acreditase que había sido ella quien provocase o indujese el encuentro, ni tampoco puede afirmarse la existencia de error de prohibición, del artículo 14 del Código Penal, cuestión que ya ha sido resuelta, en sentido denegatorio y para supuestos del todo semejantes al que nos ocupa, en diversas y sucesivas Resoluciones de esta misma Sala*

⁷⁵ Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo adoptado el 25 de noviembre de 2008

tales como las de 3 de Noviembre de 2006, 19 de Enero y 28 de Septiembre de 2007 o 30 de marzo de 2009”

También, la Sentencia del Tribunal Supremo 9/2011 responde de forma negativa a dicha posibilidad, estableciendo que: *“Si se acreditase una inducción eficaz de la víctima a la desobediencia, quizás pudiera excluir de responsabilidad criminal al acusado, pero jamás podría responder de forma autónoma la ofendida, porque a ella no se le impuso ninguna conducta o comportamiento, sino que el único obligado por el apercibimiento judicial era el acusado, esto es, la orden le afectaba exclusivamente al mismo, que es al único que se le requiere, ya que dicha medida se establece para impedir conductas violencias contra la protegida, que lógicamente es la beneficiaria de la resolución judicial y no la obligada (...)”*

A similar conclusión se llegó en la 2ª Edición del Seminario sobre Criterios de Interpretación de la Ley Integral en Sede de Enjuiciamiento celebrado en Madrid los días 14 y 16 de octubre de 2009 a partir del comentario de las SSTS 39/2009 y 172/09. Que concluye que *“En cuanto a la conducta de la esposa que consciente el acercamiento consideramos que se trataba de un caso en que no habría sanción para ella por falta de dolo, y que el legislador no ha previsto que su conducta sea punible por reanudar su convivencia pues cuando ha querido condenar a los que ayuden a otra persona a quebrantar una condena lo ha dicho expresamente como en el artículo 470 del CP”*

Por último, hacer mención de que la Audiencia Provincial de Jaén, en resolución de 29 de septiembre de 2008 indica que es necesario un dolo específico para apreciar este delito, por lo que quedan excluidos los meros encuentros fortuitos entre agresor y víctima. Así viene a decir que *la infracción del artículo 468.2 del Código Penal, ha de tenerse presente que la medida cautelar está destinada igual que las penas accesorias prevista en el artículo 57 del Código Penal a proteger esenciales bienes jurídicos, no disponibles, de las personas mencionadas en dicha norma, de forma que éstas no puedan, en principio renunciar a dicha protección, admitiendo la aproximación de quienes ya ha demostrado su peligrosidad en la vida común, atentando contra dicho bienes jurídicos (Sentencia del Tribunal Supremo 701/2003 de 16 de mayo). Exigiendo pues, un dolo específico, para la tipificación conforme al citado 468.2 C.P., y quedando excluidos los meros encuentros, que aún no deseados, sean fortuitos. Por lo que el razonamiento de la instancia habrá de mantenerse, al no haberse acreditado, dolo en el encuentro. Requiriéndose además la*

previa notificación de la medida cautelar adoptada, en su caso sentencia como elemento objetivo del tipo penal”, por lo tanto, si no existe notificación no puede existir este delito⁷⁶.

7.5.La Prisión Provisional

Constituye la máxima restricción de derechos fundamentales contemplada por nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha motivado una abundante y reiterada doctrina constitucional ⁷⁷ que pone el acento en el carácter excepcional de esta medida. La propia LECrim prevé, en su artículo 503, una serie de supuestos en que puede ser adoptada, siempre con la debida motivación, cuando concurren los requisitos exigidos en su articulado, destacando de entre ellos, a pesar de su naturaleza, genuinamente cautelar, unos casos en los que se persigue de modo primordial no la eficacia del proceso, sino la protección de la víctima, los previstos en el apartado c) y en el punto 2 del mismo⁷⁸:

1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estará a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas, conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines:

a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y

⁷⁶ Véase, MARTÍNEZ MOLLAR, RUBÉN.: “Quebrantamiento de condena o medida”, Delito de Quebrantamiento de condena, Noticias Jurídicas, 2009.

⁷⁷ Véase, STC 41/1982, de 2 de julio; 32/1987, de 10 de marzo y 34/1987, de 12 de marzo y 47/2000, de 17 de febrero.

⁷⁸ RIVAS VALLEJO, PILAR; BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO L. (Directores), SERRANO FALCÓN, CAROLINA (Coo): “Violencia de género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense”. Aranzadi, 2º ed, 2014. Pág. 534-535

económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley.

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.

b) *Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.*

No procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

c) *Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado.*

2. *También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1.º y 2.º del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.*

Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer.

Sólo podrá acordarse la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el investigado o encausado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad”

Si analizamos el precepto, podemos extraer que la finalidad del artículo 503 de la LECrim es evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente si se trata de alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 Código Penal. El protagonismo de la violencia doméstica, y con ella la de género, se pone en esta

materia, por tanto, especialmente de relieve, máxime cuando, a renglón seguido, se establece una excepción a la necesidad de sujeción a los límites temporales de duración máxima de la referida medida, en relación con la penalidad prevista para el hecho de que se trate.⁷⁹

Por tanto, la prisión provisional podrá ser acordada dentro de la orden de protección si concurren los requisitos legales para ello y la finalidad de protección de la víctima no puede lograrse con una medida menos gravosa para los derechos del imputado⁸⁰. Dentro de esta línea el propio art. 544 ter apartado 4 de la LECrim prevé que, recibida la solicitud de orden de protección y cumplidos los requisitos anteriormente citados, “... *el Juez convocará la comparecencia, que podrá sustanciarse simultáneamente con la prevista en el artículo 504⁸¹.2, cuando su convocatoria fuera procedente...*”

7.6.Las medidas cautelares anexas convenientes.

Junto a estas medidas cautelares civiles y penales, conviene señalar que existen otras medidas a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional a la hora de buscar la seguridad de la víctima y la efectividad de las medidas más gravosas. Ejemplo de esto podrían ser las siguientes⁸²:

- Comparecencia apud acta ante un equipo técnico que informa sobre la evolución de la personalidad del agresor.

⁷⁹ RIVAS VALLEJO, PILAR; BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO L. (Directores), SERRANO FALCÓN, CAROLINA (Coor).: “*Violencia de género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*”. Aranzadi, 2º ed. 2014. Pág. 535

⁸⁰ RIVAS VALLEJO, PILAR; BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO L. (Directores), SERRANO FALCÓN, CAROLINA (Coordinadora).: “*Violencia de género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense*”. Aranzadi, 2º ed. 2014. Pág. 535-536

⁸¹ LECrim, art. 504.2: “*Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3.º o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el juez o tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años. Si fuere condenado el investigado o encausado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.*”

⁸² Véase al respecto, MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.: “*La tutela judicial de la violencia de género*”. Iustel, Madrid, 2008. Pág. 203 y 204.

- Revocación con carácter cautelar de los poderes dados de un cónyuge a otro conforme ocurre con las medidas previas urgentes (art. 102.2^{o83} CC).
- Medida cautelar de obligación de residencia del presunto agresor en un determinado lugar.
- Orden de protección de testigos
- Retirada del pasaporte de los hijos menores en el caso de ciudadanos extranjeros para evitar su salida del territorio nacional sin consentimiento de la madre.

En la LOVG ha sido recogida la medida de suspensión del derecho a porte, tenencia y uso de armas con la correlativa obligación de depositarlas (art. 67⁸⁴). Hasta ahora se trataba ésta de una medida marginal de poca trascendencia práctica; dado el frecuente uso y tenencia de licencia de armas de caza, etc. existente en nuestro país se pretende que esta medida pase a ser un mínimo controlado por el Juez en todos estos casos con el fin de ser impuesto como medida cautelar⁸⁵. Dicha medida podrá ser acordada de oficio.

8. CONCLUSIONES PERSONALES

Del estudio de la LO 1/2004 que he realizado para este trabajo, he llegado a la conclusión de que el incremento de la intervención punitiva parece poco meditada, y en su afán de confiar en el Derecho penal como instrumento supuestamente idóneo para resolver todos los males de la sociedad acaba por traicionar importantes postulados del pensamiento feminista, en particular, la apuesta por una sociedad menos autoritaria, donde primen las técnicas pacíficas en la resolución de conflictos y el respeto de la dignidad y demás derechos básicos de la personalidad de todos los ciudadanos, sin diferencia alguna en razón de su sexo u otras características personales, es decir, con igualdad entre ambos géneros.

⁸³ Código Civil, art. 102 apartado 2º: “*Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro*”

⁸⁴ LOVG, art. 67: “*El Juez podrá acordar, respecto de los inculcados en delitos relacionados con la violencia a que se refiere esta Ley, la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente*”

⁸⁵ VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA (Coordinadora).: “Violencia de Género y sistema de justicia penal”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. Pág. 366-367.

La respuesta que ofrece este texto legal, en su aplicación, es cierto que está cosechando importantes logros, sin embargo, puede estar generando, involuntariamente, un efecto secundario poco deseado y contrario a sus objetivos principales. A mi parecer, al centrarse en las mujeres puede estar confirmando para algunos sectores la idea de que el problema de la violencia es de la mujer exclusivamente, sin embargo, esto debe ser solucionado, puesto que la violencia no es un problema de la mujer sino para las mujeres, siendo como ya he apuntado en la introducción del trabajo, un problema ideológico, de la cultura patriarcal masculina.

Este problema de naturaleza ideológica no se encuentra exclusivamente en hombres puesto que, muchas mujeres están socializadas en la aceptación de patrones de conducta abusivos sin ser conscientes de ello, es decir, tienden a utilizar una serie de mecanismos personales y sociales para afrontar dicha experiencia, entre los que destaca la negación del problema; negar el maltrato constituye un mecanismo de defensa psicológica, no supone ni mentir ni ocultar lo que ocurre.

A modo de ejemplo, en el año 2016, se registraron 44 mujeres víctimas mortales debido a la violencia de género, de las cuales únicamente 13 denunciaron⁸⁶, y 11 solicitaron medidas de protección. En el mismo sentido, en la madrugada del día 1 de enero de 2017, ya se produjo la primera víctima de violencia de género del año⁸⁷.

En conclusión, la Ley Integral de Violencia de Género es sin duda una herramienta necesaria para la protección de la mujer, pero no suficiente. Debemos abordar la verdadera causa del problema, su naturaleza ideológica, puesto que afecta no solo a hombres sino también a mujeres

⁸⁶ Anexo 1 del trabajo: Fuente Ministerio de sanidad, asuntos sociales e igualdad. <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/>

⁸⁷ Anexo 2 del trabajo: Fuente Ministerio de sanidad, asuntos sociales e igualdad. <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/>

9. BIBLIOGRAFÍA

- **ADELA ASÚA** “Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en la legislación española”, <http://info.jurídicas.unam.mx>
- **ALBERDI y MATAS**, “La violencia domestica: informe sobre los malos tratos a mujeres en España”, en Colección de Estudios Sociales, nº 10, Fundación La Caixa, 2002
- **ALMARCHA BARBADO**, “La violencia en el ámbito familiar”, en **RODRIGUEZ YAGÜE, VALMAÑA OCHAÍTA**, La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos, Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2000
- **AÑÓN, MJ/MESTRE, R.** (2005), “Violencia sobre las mujeres. Discriminación, subordinación y Derecho”, La nueva ley sobre la violencia de género, **BOIX/MARTÍNEZ** (Coor), op.cit.
- **BENÍTEZ JIMÉNEZ**, Violencia contra la mujer en el ámbito familiar, op.,cit
- **CALVO GARCÍA**, M. El tratamiento de la violencia doméstica en la administración de justicia, Centro de Documentación Judicial, 2003
- **CEREZO DOMÍNGUEZ**, “Las víctimas de la violencia doméstica”, en **BACA/ECHEBURÚA/TAMARIT** (Coords.), Manuel de Victimología, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006
- **CORSI, J.**, “Una mirada abarcativa sobre el problema de la violencia familiar” Violencia familiar: Una mirada interdisciplinar sobre un grave problema social, Paidós, 1997.
- **CUELLO CONTRERAS, J.:** “El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad”, en Poder Judicial, nº32, 1993
- **DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO.:** “Aspectos penales de la violencia doméstica. La actuación del Ministerio Fiscal”
- **MARTÍNEZ GARCÍA, ELENA.:** “La Tutela Judicial de la Violencia de Género”. Iustel, Madrid, 2008
- **MARTÍNEZ MOLLAR, RUBÉN.:** “Quebrantamiento de condena o medida”, Delito de Quebrantamiento de condena, Noticias Jurídicas, 2009
- **MONTERO, J./ MARTÍNEZ, E.,** “Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género”, Tutela procesal frente a

- los hechos de violencia de género (Coor. GÓMEZ COLOMER, J.L), *Estudis Jurídics*, núm. 13, 2007
- **MUÑOZ CONDE**, *Derecho penal. Parte Especial*, 15ª edición, Valencia 2004
 - **NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA** (directora) “Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
 - **QUERALT JIMÉNEZ**, “La respuesta penal de la ley orgánica 1/2004 a la violencia de género” en la *Ley integral de medidas de protección contra la violencia de género*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2006.
 - **QUINTERO OLIVARES**, “Los delitos de lesiones a partir de la LO 3/1989, de 21 de junio”, *ADPCP* 1898
 - **RAMÓN RIBAS, EDUARDO; ARROM LOSCOS, ROSA; NADAL GÓMEZ, IRENE**. “La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal”, Dykinson, S.L., Madrid, 2009
 - **RIVAS VALLEJO, PILAR; BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO L. (Directores), SERRANO FALCÓN, CAROLINA (Coor):** “Violencia de género. Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense”. Aranzadi, 2º ed, 2014
 - **TERESA FREIXES SANJUÁN**. “Las normas de prevención de la violencia de género. Reflexiones en torno al marco internacional y europeo” en la *Revista Artículo 14*, citada, Número 6. Año 2001
 - **VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA** (Coordinadora); “Violencia de Género y sistema de Justicia Penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

10. ANEXOS

**10.1. ANEXO 1: VÍCTIMAS MORTALES POR VIOLENCIA DE
GÉNERO. AÑO 2016**

Página 63

**10.2. ANEXO 2: VÍCTIMAS MORTALES POR VIOLENCIA DE
GÉNERO. AÑO 2017**

Página 64

VICTIMAS MORTALES POR VIOLENCIA DE GÉNERO

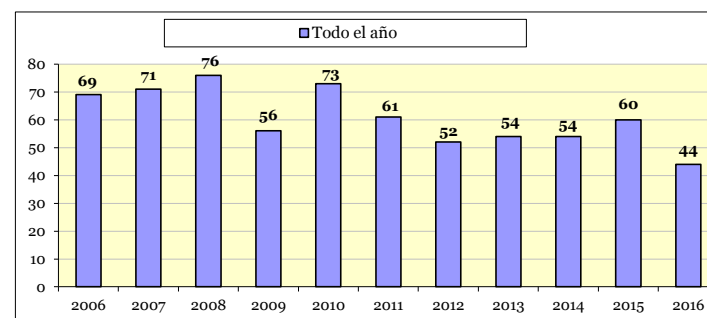
FICHA RESUMEN - DATOS PROVISIONALES

Fecha de actualización: 2-ene-2017

Fecha datos: 31-Dic-2016

AÑO: 2016

		Nº de casos	% del total
Total VÍCTIMAS		44	100.0%
DENUNCIA	Había denuncia	16	36.4%
	Presentada por la víctima	13	29.5%
	Presentada por otros	3	6.8%
	No continuación proceso por la víctima	5	11.4%
MEDIDAS DE PROTECCIÓN	Solicitaron medidas de protección	11	25.0%
	Obtuvieron medidas de protección	11	25.0%
	Renunciaron a medidas de protección	1	2.3%
	Medidas de protección cesadas	6	13.6%
	Otras causas de no vigencia de medidas de protección	0	0.0%
	Tenían medidas de protección en vigor	6	13.6%
QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDAS:	CON consentimiento de la víctima	3	6.8%
	SIN consentimiento de la víctima	3	6.8%
	No consta	0	0.0%



Características de las víctimas		Nº de casos	% del total
Total VÍCTIMAS		44	100.0%
PAÍS NACIMIENTO VÍCTIMA	España	25	56.8%
	Otros países	19	43.2%
	No consta	0	0.0%
EDAD DE LA VÍCTIMA	<16 años	0	0.0%
	16-17 años	0	0.0%
	18-20 años	1	2.3%
	21-30 años	7	15.9%
	31-40 años	12	27.3%
	41-50 años	12	27.3%
	51-64 años	8	18.2%
	65-74 años	3	6.8%
	75-84 años	1	2.3%
	>85 años	0	0.0%
CONVIVENCIA	No consta	0	0.0%
	Si	30	68.2%
	No	14	31.8%
RELACIÓN	No consta	0	0.0%
	Exponeja o en fase de ruptura	22	50.0%
	Pareja	22	50.0%

Características de los agresores		Nº Casos	% del total
Total AGRESORES		44	100.0%
PAÍS NACIMIENTO AGRESOR	España	29	65.9%
	Otros países	15	34.1%
	No consta	0	0.0%
EDAD DEL AGRESOR	<16 años	0	0.0%
	16-17 años	0	0.0%
	18-20 años	0	0.0%
	21-30 años	5	11.4%
	31-40 años	12	27.3%
	41-50 años	12	27.3%
	51-64 años	9	20.5%
	65-74 años	3	6.8%
	75-84 años	3	6.8%
	>85 años	0	0.0%
SUICIDIO DEL AGRESOR	No consta	0	0.0%
	No	28	63.6%
	Tentativa	7	15.9%
	Suicidio consumado	9	20.5%

Ámbito geográfico		Nº de casos	% del total
Total VÍCTIMAS		44	100.0%
	Andalucía	3	6.8%
	Aragón	3	6.8%
	Principado de Asturias	2	4.5%
	Balears, Illes	6	13.6%
	Canarias	2	4.5%
	Cantabria	0	0.0%
	Castilla y León	6	13.6%
	Castilla - La Mancha	2	4.5%
	Cataluña	6	13.6%
	Comunitat Valenciana	6	13.6%
	Extremadura	1	2.3%
	Galicia	3	6.8%
	Comunidad de Madrid	2	4.5%
	Región de Murcia	0	0.0%
	Comunidad Foral de Navarra	0	0.0%
	País Vasco	1	2.3%
	La Rioja	0	0.0%
	Ceuta	0	0.0%
	Melilla	1	2.3%

Menores víctimas de violencia de género (Hijas e Hijos menores de 18 años de víctimas de violencia de género)	Nº de casos
Menores huérfanos por violencia de género	26

Casos en Investigación		Nº de casos
FUENGIROLA	Málaga	1
LUGO	Lugo	1
MADRID	Madrid	1
SAN BARTOLOMÉ DE TIRAJANA	Las Palmas	1
FRIGILLANA	Málaga	1
ALGECIRAS	Cádiz	1
GRANADA	Granada	1
LA HIGUERA	Las Palmas	1

Último caso contabilizado
La última actualización se corresponde con el caso de La Higuera (Las Palmas), de fecha 30 de diciembre de 2016

VICTIMAS MORTALES POR VIOLENCIA DE GÉNERO

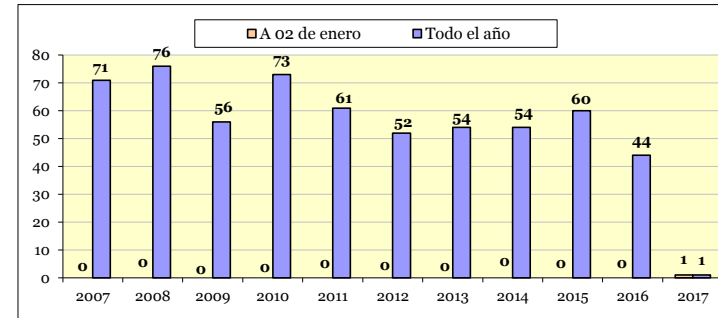
FICHA RESUMEN - DATOS PROVISIONALES

Fecha de actualización: 3-ene-2017

Fecha datos: 02-Ene-2017

AÑO: 2017

	Nº de casos	% del total
Total VÍCTIMAS	1	100.0%
DENUNCIA		
Había denuncia	1	100.0%
Presentada por la víctima	1	100.0%
Presentada por otros	0	0.0%
No continuación proceso por la víctima	0	0.0%
MEDIDAS DE PROTECCIÓN		
Solicitaron medidas de protección	1	100.0%
Obtuvieron medidas de protección	1	100.0%
Renunciaron a medidas de protección	0	0.0%
Medidas de protección cesadas	0	0.0%
Otras causas de no vigencia de medidas de protección	0	0.0%
Tenían medidas de protección en vigor	1	100.0%
QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDAS:		
CON consentimiento de la víctima	0	0.0%
SIN consentimiento de la víctima	0	0.0%
No consta	1	100.0%



Características de las víctimas	Nº de casos	% del total
Total VÍCTIMAS	1	100.0%
PAÍS NACIMIENTO VÍCTIMA		
España	1	100.0%
Otros países	0	0.0%
No consta	0	0.0%
EDAD DE LA VÍCTIMA		
<16 años	0	0.0%
16-17 años	0	0.0%
18-20 años	0	0.0%
21-30 años	0	0.0%
31-40 años	1	100.0%
41-50 años	0	0.0%
51-64 años	0	0.0%
65-74 años	0	0.0%
75-84 años	0	0.0%
>85 años	0	0.0%
No consta	0	0.0%
CONVIVENCIA		
Si	0	0.0%
No	1	100.0%
No consta	0	0.0%
RELACIÓN		
Exponeja o en fase de ruptura	1	100.0%
Pareja	0	0.0%

Características de los agresores	Nº Casos	% del total
Total AGRESORES	1	100.0%
PAÍS NACIMIENTO AGRESOR		
España	0	0.0%
Otros países	1	100.0%
No consta	0	0.0%
EDAD DEL AGRESOR		
<16 años	0	0.0%
16-17 años	0	0.0%
18-20 años	1	100.0%
21-30 años	0	0.0%
31-40 años	0	0.0%
41-50 años	0	0.0%
51-64 años	0	0.0%
65-74 años	0	0.0%
75-84 años	0	0.0%
>85 años	0	0.0%
No consta	0	0.0%
SUICIDIO DEL AGRESOR		
No	1	100.0%
Tentativa	0	0.0%
Suicidio consumado	0	0.0%

Ámbito geográfico	Nº de casos	% del total
Total VÍCTIMAS	1	100.0%
Andalucía	0	0.0%
Aragón	0	0.0%
Principado de Asturias	0	0.0%
Balears, Illes	0	0.0%
Canarias	0	0.0%
Cantabria	0	0.0%
Castilla y León	0	0.0%
Castilla - La Mancha	0	0.0%
Cataluña	0	0.0%
Comunitat Valenciana	0	0.0%
Extremadura	0	0.0%
Galicia	0	0.0%
Comunidad de Madrid	1	100.0%
Región de Murcia	0	0.0%
Comunidad Foral de Navarra	0	0.0%
País Vasco	0	0.0%
La Rioja	0	0.0%
Ceuta	0	0.0%
Melilla	0	0.0%

Menores víctimas de violencia de género (Hijas e Hijos menores de 18 años de víctimas de violencia de género)	Nº de casos
Menores huérfanos por violencia de género	0

Casos en Investigación	Nº de casos
MADRID	1

Último caso contabilizado
La última actualización se corresponde con el caso de Rivas-Vaciamadrid (Madrid), de fecha 1 de enero de 2017. La víctima no tenía hijas ni hijos menores de edad. Se incorpora también en investigación el caso de la víctima de Madrid, de fecha 1 de enero de 2017. La víctima tenía un hijo menor de edad.