

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2019/ 2020
Convocatoria de Marzo

**EL ELEMENTO MACHISTA EN EL DELITO DE VIOLENCIA DE
GÉNERO.**

Realizado por la alumna Dña. Virginia González González.

Tutorizado por el Profesor Don José Ulises Hernández Plasencia.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho penal.



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

La violencia de género es un fenómeno que se viene produciendo desde los primeros años de la humanidad en los que ya existía una clara diferenciación entre hombre y mujer, a la que se le otorgó el papel de la subordinación por un concepto erróneo de inferioridad respecto al hombre. Es un hecho que afecta a la práctica totalidad de países aunque no de la misma manera, pues en función del lugar y de su cultura el trato que se le da a la mujer es diferente. Si bien es cierto que atrás se han logrado dejar los comportamientos más arcaicos gracias a la lucha constante de las mujeres y a la intervención de la ley para su defensa, mucho queda aún por recorrer para lograr erradicar esta realidad que tan duro golpea año tras año a nuestra sociedad. Ello debido a que pese a los esfuerzos del legislador por poner freno a esta lacra social, aun son muchas las mujeres que mueren a manos de sus maridos, ex maridos o pareja sentimental.

ABSTRACT

Gender violence is a phenomenon that has been occurring since the early years of humanity in which there was already a clear differentiation between men and women, who was given the role of subordination due to an erroneous concept of inferiority with respect to man. It is a fact that affects practically all countries, although not in the same way, because depending on the place and their culture, the treatment given to women is different. Although it is true that the most archaic behaviors have been left behind thanks to the constant struggle of women and the intervention of the law for their defense, there is still a long way to go to eradicate this reality that hits year after year so hard our society. This is because despite the legislator's efforts to curb this social scourge, many women still die at the hands of their husbands, ex-husbands or romantic partners.



INDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL.....	6
III. APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.....	13
IV. IMPACTO DE LA LEY 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE.....	20
V. LAS MANIFESTACIONES NORMATIVAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y FAMILIAR.....	29
A. LAS LESIONES	
B. MALTRATO FÍSICO O PSÍQUICO EN EL ÁMBITO FAMILIAR	
- LA VIOLENCIA OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP	
- LA VIOLENCIA HABITUAL DEL ARTÍCULO 173.2 CP	
C. LAS AMENAZAS	
D. LAS COACCIONES	
VI. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE DOMINACIÓN O MACHISMO.....	36
A. LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES	
B. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 677/2018, DE 20 DE DICIEMBRE.	
VII. CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.	



I. INTRODUCCIÓN

La denominada “violencia de género” es en la actualidad un problema que afecta a la totalidad de los países del mundo sin excepción, alcanzando también a la sociedad española. Desde las épocas más remotas de la cultura humana se ha manifestado siempre la subordinación y el sometimiento de las mujeres respecto a los hombres. Es innegable que hasta un tiempo relativamente reciente y como parte asumida de la dinámica social, la mujer sufre toda clase de vejaciones, insultos y agresiones tanto físicas como psíquicas por parte del hombre frente a las cuales no tenía otra respuesta que el asentimiento.

Este fenómeno no solamente concibe la inferioridad femenina, sino que trasciende las fronteras de lo racional hasta llegar a manifestarse mediante comportamientos agresivos que, acreditados por el patriarcado y ratificados luego por las sociedades ulteriores conforman la ya histórica y universal violencia de género.

En sus inicios, y hasta tanto no se llevó a cabo la aprobación de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ésta se consideraba como un problema de ámbito familiar catalogada como “crimen pasional”. Previamente a la aprobación de esta ley, en los últimos años de la década de los 90, varias asociaciones de mujeres que trabajaban con las víctimas planteaban la urgente necesidad de llevar a cabo la elaboración de una ley específica contra este tipo de violencia, también específica. Querían con ello hacer calar en la sociedad en la que vivíamos que estábamos ante un problema de Estado que necesitaba ser combatido con políticas fuertes y específicas desde todos los ámbitos.



Tras su aprobación, España se convirtió en el primer país europeo que cuenta con una legislación multidisciplinar de estas características debido a que toca todos y cada uno de los aspectos implicados en la materia: educación, prevención y sanción. Nació, dicha ley, con múltiples propósitos tales como otorgar protección a las víctimas de malos tratos, llevar a cabo la persecución y castigo de sus maltratadores, así como implantar toda una serie de medidas para evitarla concienciando a la sociedad de su gravedad y presencia en nuestro día a día; objetivos que tenían como común denominador el poder combatirla y erradicarla. Supuso además un gran avance en materia de igualdad nunca antes visto en nuestro país, puesto que marcó un antes y un después en esta lacra social y a pesar de que las mujeres seguían muriendo a manos de sus parejas o ex parejas, los primeros datos reflejaron que en los diez primeros años se interpusieron más de un millón de denuncias.

No obstante, no todo fue un “camino de rosas” tras la aprobación de esta ley, debido a que, el hecho de que se adentrase en el ámbito de la llamada discriminación positiva y solo contemplare como autor de conductas punibles al varón, entretanto sólo asuma como víctima a la mujer, fue una cuestión que generó un candente debate social e incluso llegaron a plantearse serias cuestiones acerca de su constitucionalidad¹ debido a que se considera que ello genera una discriminación negativa hacia el género masculino que podría acarrear una vulneración del principio de igualdad ante la ley contemplado en el artículo 14 de la Constitución Española.

Con este trabajo, se trata de llevar a cabo un breve recorrido por toda la historia de la violencia de género, desde sus orígenes para lograr comprender el estado actual analizando los cambios y la evolución que se ha ido produciendo con el devenir del

¹ Sobre la constitucionalidad de esta norma se pronunció el Tribunal Constitucional en su STC 59/2008, de 14 de mayo.



tiempo en nuestro sistema penal, como consecuencia ya no solamente del escandaloso aumento del número de víctimas sino del nivel de concienciación de la sociedad que cada vez es mayor, determinando con ello cómo se han ido modificando los diferentes códigos penales que hemos tenido en nuestra legislación, que han ido desplazando de un precepto a otro la regulación de esta materia ampliando cada vez más el ámbito de sujetos pasivos de este delito así como perfeccionando y abarcando todos los supuestos posibles en que pueda darse esta clase de violencia, evitando así que puedan quedar impunes conductas agresivas del varón respecto de la mujer.

Se contemplarán también las diferentes formas en que puede darse esta violencia machista, determinando su tipología y fases, haciendo hincapié en los delitos que engloban la violencia de género para finalizar con un análisis jurisprudencial determinando cómo han ido cambiando los pronunciamientos por los tribunales los cuales que se han ido adaptando a las constantes reformas legislativas sobre la materia hasta llegar a la más reciente jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo, con fecha de diciembre de 2018.

No obstante, a pesar de los esfuerzos del legislador, los mecanismos de protección de víctimas de violencia de género siguen siendo insuficientes puesto que el sistema sigue fallando, por ello es que cabe cuestionarnos si realmente la solución a esta dura realidad social está en manos de la ley o, si por el contrario, deberíamos contemplar otros escenarios como el de la educación, en los que volcar todos nuestros esfuerzos para lograr un cambio efectivo en la mentalidad de las presentes y futuras generaciones.



II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DELITO DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

Para abordar cualquier reflexión sobre el fenómeno Violencia de Género, primero debemos preguntarnos el por qué de su existencia, la cual va ligada íntimamente a la discriminación de las mujeres. La violencia de género es una práctica que viene desde los primeros años de la humanidad. Los regímenes de convivencia antiguos ya establecían claras diferencias entre hombres y mujeres, en los que el varón era el “dominante”. Esta existencia de una forma de violencia específica y particular contra la mujer, por el hecho de serlo, distinta a otros tipos de violencia que puedan plantearse, tiene su origen en el propio papel claramente secundario y subordinado que se le ha asignado históricamente y que en buena medida aún se le asigna a la mujer. Y esta realidad social ha tenido, desde siempre, su apoyo, justificación y plasmación solemne en la posición que se le ha reservado en el propio Derecho, en las instituciones jurídicas, en la regulación de las relaciones y conflictos y su solución, que constituye la misión de los ordenamientos jurídicos que, en mayor o menor grado de desarrollo, tienen y han tenido cada sociedad organizada.

Es imprescindible recordar que hasta el año 1975 en las instituciones de derecho civil, la mujer ocupaba una posición jurídica de sometimiento respecto al hombre, pasando de depender del padre a hacerlo de su marido. Esta posición jurídica en el ámbito civil tenía un reflejo directo en la legislación penal a través de diversas normas. Además, cabe afirmar que hasta 1978 la violencia intrafamiliar y de género, en su concepto amplio, estaba permitida y respaldada por la legislación española, eximiendo de su



responsabilidad al varón que mataba a su mujer y al amante por adulterio, siendo punible en todos los casos el adulterio cometido por la mujer².

A partir de entonces, la evolución que se ha ido produciendo en nuestro sistema penal español desde que se comenzó con su regulación en la legislación, se ha plasmado en el cambio de mentalidad desde la comprensión del maltrato a la esposa y los hijos como un asunto interno, a su consideración como un fenómeno grave a perseguir penalmente incluso con pena agravada³. Como problema social indiscutible, ha sido creciente la preocupación del legislador por la violencia de género. De hecho es más que constatable una evolución en la tendencia legislativa que, de acuerdo con GARCÍA ÁLVAREZ⁴, *“teniendo como punto de partida el intento de superar una arcaica visión de inferioridad y subordinación de la mujer respecto al varón, llega a otorgarle a ésta en exclusividad y dejando de lado a los miembros del género masculino, una protección específica y agravada al amparo de la ley”*. Es por ello, por lo que el esfuerzo del legislador por perfeccionar el ordenamiento jurídico para garantizar la tutela judicial en el ámbito doméstico ha sido constante.

La dinámica y cambiante actividad legislativa en la lucha contra la violencia doméstica y violencia de género comenzó con la introducción de un tipo especial en el Código

² NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA, “Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género”, Tirant Lo Blanch, 2010, 1ª ed. páginas 12 y 13.

³ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, “Derecho Penal Parte Especial”, Tirant Lo Blanch, 2015, 20ª ed. página 179.

⁴ GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA, “Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género”, Tirant Lo Blanch, 2010, 1ª ed. páginas 22 y siguientes.



Penal del año 1989⁵ por medio de la promulgación de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, que introdujo la materia relativa a la violencia familiar a través del artículo 425 del Código Penal, relativo a la violencia doméstica física habitual que castigaba con la pena de arresto mayor de uno a seis meses de prisión cuya finalidad era responder *“a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo. Se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando se producen de modo habitual”*. Este delito fue, a grandes rasgos, valorado positivamente por la doctrina y es por ello que luego pasó a incorporarse al Código Penal de 1995.

Posteriormente, el llamado “Código Penal de la Democracia” originado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, con entrada en vigor seis meses después, crea el nuevo artículo 153 sobre la base del anterior artículo 425, ampliando el ámbito subjetivo del mismo ya que el tipo comprende las violencias ejercidas contra los hijos, por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes; asimismo, introduce la exigencia de convivencia en el supuesto de ascendientes, incapaces o hijos que no se hallen sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o su pareja y, por último, mantiene la exigencia del vínculo matrimonial o análoga relación estable de afectividad, que es el elemento nuclear sobre el que se sustenta la acción típica.

Las reformas sucesivas, que tardaron cuatro años en llegar, fueron el reflejo del conjunto de medidas que fueron aprobadas en los distintos planes nacionales contra la

⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSE LUIS, “De la política penal hacia una política victimológica, ¿y criminal?: el caso de la violencia doméstica, página 205.



violencia doméstica debidas, sobre todo, al ambiente de sensibilización social e impacto mediático que alcanzó el problema a mediados de los años 90. En tal sentido, las modificaciones que afectan a este delito son las llevadas a cabo por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del título VIII del Código Penal y por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de Junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim.

Además de la incorporación a la conducta típica, de la violencia psíquica, el artículo 153 del Código Penal de 1995 sufría una importante ampliación del círculo de posibles sujetos pasivos⁶ ofendidos por el delito, así como la incorporación de un segundo apartado en el que se procedía a aclarar qué había de entenderse por habitualidad⁷. Sujeto pasivo de este delito podía serlo, en la línea de sus dos redacciones anteriores, cualquier persona integrada en alguna de las relaciones indicadas en el tipo penal, que podrían agruparse en tres categorías: a) relaciones conyugales y de convivencia; b) relaciones parentales en línea ascendente y descendente y, por último, c) relaciones de tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho. La principal novedad introducida por esta Ley 14/1999 en relación a los posibles sujetos pasivos del delito de malos tratos fue la de permitir 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 hubiera cesado.

⁶ La ampliación de los posibles sujetos del delito de malos tratos en el ámbito familiar o doméstico, se produce con la aprobación, publicación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos.

⁷ En palabras de MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, el concepto de habitualidad que ofrece la ley en su artículo 173.3 no coincide con otros que se dan en el mismo Código penal.



Por su parte, 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, constituye el penúltimo eslabón de una cadena de cambios legales en el ámbito del delito de violencia doméstica. Añadió al tipo delictivo la lesión definida como falta, el maltrato de obra sin lesión y la amenaza leve con armas o instrumentos peligrosos desdoblando estas acciones mediante el traslado al Título VII como delito contra la integridad moral los supuestos de violencia familiar habitual, ubicándolos en el artículo 173, compuesto desde entonces por tres números: el primero, reproduce el texto precedente, mientras que los dos siguientes incorporan la regulación del nuevo delito de violencia habitual, que adquiere así sus actuales perfiles. Con ello se asumía por tanto que el ejercicio habitual de la violencia entronca más claramente con la dignidad humana y con el libre desarrollo de la personalidad, en línea con lo establecido por la Jurisprudencia superando la valoración del hecho como atentatorio exclusivamente contra la integridad física o psíquica, comprendiendo al tiempo la protección de la denominada paz familiar. Esta reforma amplía, nuevamente, el círculo de los sujetos pasivos del delito extendiéndolo a otros ámbitos de dependencia o subordinación además del estrictamente familiar puesto que ahora el precepto alude también a los supuestos en que la violencia se ejerza habitualmente sobre personas que se encuentren sometidas a guarda y custodia en centros públicos o privados. La reforma suprime además la falta del artículo 617.2.2º, de manera que toda violencia física ejercida sobre los sujetos que enumera el artículo 173.2, aunque se trate de un hecho aislado y no de una conducta habitual, y aunque no llegue a causarse lesión, pasa a ser constitutiva de delito, tipificándose en el artículo 153.

A lo anterior hemos de añadir que pese a las sucesivas reformas a que hemos venido haciendo referencia, las cuales han ido incrementando la penalidad de las conductas y



ampliando el ámbito de los sujetos objeto de la protección, no se han visto acompañadas de un retroceso en el número de víctimas, sino muy al contrario, se ha producido un alarmante incremento que cuestiona la efectividad de estas medidas legislativas.

La reforma mas importante⁸ en este ámbito, ha sido la introducida por la Ley Orgánica 1/2004, porque hasta ese momento, las modificaciones en materia penal se habían referido a la violencia doméstica o asistencial con la intención de agravar la respuesta penal frente a las conductas realizadas contra los miembros más débiles del círculo familiar o de convivencia, siendo indiferente el sexo del agresor o del agredido. Sin embargo, esta ley se centra directamente en la violencia de género por dos motivos: el primero vino determinado por las cifras que arrojaban los datos sociológicos recogidos, los cuales ofrecían unas estadísticas sobre la violencia doméstica que ponían de manifiesto que la mayoría de agresores pertenecían al sexo masculino. El segundo motivo se derivó del hecho de que este tipo de violencia degrada y menoscaba derechos constitucionales como la integridad física y moral, la libertad, la seguridad y la dignidad humana de las víctimas. En el ámbito penal, esta ley aumenta la conducta leve del ámbito familiar considerada normalmente como falta de lesiones, a la categoría de delito. Así, la novedosa regulación modifica los artículos 148, 153, 171, 172, 468 y 620 del Código Penal para aplicar el tan reiterado y consensuado principio de “tolerancia cero”⁹ en el ámbito de las acciones lesivas y perjudiciales cometidas en

⁸ Esta reforma afectó a materias relativas a la protección contra los malos tratos (art 153 CP); a la protección contra las lesiones (art 148 CP); a la protección contra las amenazas (art 171.4, 5 y 6 CP); a la protección contra las coacciones (art 172.2 CP); al quebrantamiento de condena (art 468 CP); a la protección contra las vejaciones leves (art 620 CP); a la suspensión (arts 83.1.6ª y 84.3 CP) y a la sustitución de penas (art 88.1.3º CP).

⁹ El informe del Parlamento Europeo de julio de 1997 hablaba sobre la necesidad de llevar a cabo en todo el territorio de la unión una campaña sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres. Documento A4-0250/97.



el seno del matrimonio o de la pareja sentimental, no permitiendo, de ninguna manera, la existencia de conductas leves en esta materia en cuanto a las lesiones, amenazas o coacciones.

Por su parte, las disposiciones de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁰ fueron transpuestas al plano interno mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima de delito. El precedente primero del “Estatuto de la Víctima” lo constituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que reconoce un conjunto de derechos de las víctimas en ese ámbito. Se trata de un proyecto que pretendía lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea. En el año 2012 se aprobó la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecían normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. En dicha directiva, se marcaba como fecha límite para su transposición al Derecho interno de cada uno de los Estados el 16 de noviembre de 2015. En este estatuto, lo que se lleva a cabo en primer lugar es una diferenciación entre víctima directa y víctima indirecta, reconoce derechos tanto a las víctimas españolas como a las extranjeras otorgándoles el mismo nivel de protección y, además, establece el reconocimiento de derechos básicos o extraprocesales tales como el derecho a una información clara desde el primer contacto con las autoridades, los derechos que les asisten, el derecho a denunciar, la posibilidad de solicitar medidas de protección etc.

¹⁰ Esta directiva junto al Convenio de Estambul, fue el primer instrumento vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia de género. Con él, se llevó a cabo un reconocimiento internacional de que la violencia de género es consecuencia de las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, obligando a los Estados firmantes a tomar medidas al respecto.



No obstante, autores como SANZ MULAS¹¹ y HERNÁNDEZ MOURA¹² determinan que sin restar valor a lo que este Estatuto supone para la víctima del delito que ha tenido que esperar más de un siglo desde la publicación de la LECrim para que se le reconocieran sus derechos, este estatuto poco añade a lo ya establecido por la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y lo que suma corre el riesgo de quedarse en una mera declaración de intenciones.

El último paso hasta la actualidad lo conforma la modificación llevada a cabo por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal. Una ley que introduce algunas modificaciones que inciden de forma directa en el tratamiento penal de la violencia de género. Además de adaptar estos delitos a la desaparición del Libro III relativo a las faltas, incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante del artículo 22.4 y posibilita la imposición de la medida de libertad vigilada a los condenados por un delito de lesiones sobre una de las personas del artículo 173.2 CP. Esta última modificación del Código Penal en la materia, permite también la sustitución de la prisión por multa, como forma de suspensión de la condena siempre que no exista una relación de dependencia económica entre agresor y víctima en la que pueda ser perjudicial. Finalmente incluye los delitos de matrimonio forzado, sexting y acoso o stalking, muy comunes en los casos de violencia de género.

III. APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

¹¹ SANZ MULAS, NIEVES, “Violencia de género y pacto de estado: la huida hacia adelante de una norma agotada”, Ed, Tirant Lo Blanch 2018, 1ª ed. páginas 30-32.

¹² HERNÁNDEZ MOURA, BELÉN, “Protección a las víctimas de violencia de género en la Ley 4/2015 de 30 de marzo de protección ciudadana”, página 65.



Cuando hemos de precisar qué se entiende por “violencia de género” son innumerables las fuentes desde las cuales podemos abordar una concepción genérica sobre el término. En una primera aproximación, la violencia de género ha sido definida por el legislador español como *“una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”*¹³. Es fundamental, además, añadir a este concepto general la definición que viene recogida en la propia LO 1/2004¹⁴, en cuyo artículo 1.1 la define como *“[...] la violencia ejercida sobre las mujeres, por parte de quienes sean o hayan sido sus 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”*.

En un plano internacional, contamos con definiciones como la que nos ofrece la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (diciembre 1993), que la describe como *“todo acto de violencia basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado posible 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, ya sea que ocurra en la vida pública o privada”*.

¹³ Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁴ El empleo de esta expresión, “violencia de género” es, como apunta MAQUEDA ABREU “La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social” en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, página 2, tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres.



Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, reconoce en su preámbulo que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a ésta de su plena emancipación. Igualmente reconoce que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y que es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres, estando las mujeres y niñas más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género. Ofrece así un concepto amplio de violencia sobre la mujer por razón de género y así, tras decir que es *“una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra la mujer...”*, la define como *“toda violencia contra la mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”*.

Siguiendo la línea marcada por estas instituciones internacionales sobre el amplio concepto de violencia sobre la mujer por razón de género, además de las clasificaciones que hacen referencia a aquella violencia que atiende a la edad de la víctima -violencia prenatal, infantil, en la adolescencia y juventud, en la edad adulta y en la tercera edad-, el propio Convenio de Estambul lleva a cabo una clasificación de la siguiente tipología de violencia:

- Violencia física: aquí se incluyen todo tipo de agresiones corporales tales como golpes, empujones, mordeduras, quemaduras, estrangulamientos, etc.



- Violencia sexual: comprende cualquier actividad sexual no consentida tales como el visionado o la participación forzada en pornografía, relaciones sexuales obligadas, tráfico y explotación en la industria del sexo, etc.
- Violencia psicológica: este concepto admite múltiples modalidades de agresión intelectual o moral tales como las amenazas, el aislamiento, desprecio, la intimidación, los insultos en público, etc.
- Violencia económica: es entendida como la desigualdad en el acceso a los recursos compartidos, es decir, negar el acceso al dinero, impedir el acceso a un puesto de trabajo, a la educación, etc.
- Violencia estructural: término íntimamente relacionado con el de la violencia económica, no obstante incluye barreras invisibles contra la realización de las opciones potenciales de los derechos básicos de las personas.
- Violencia espiritual: se comprenden aquí aquellas conductas que consisten en obligar a otra persona a aceptar un sistema de creencias cultural o religioso determinado, o dirigidas a erosionar o destruir las creencias de otra persona a través del ridículo o del castigo.

El hecho de que existan muy diferentes formas de violencia, determina que ésta no surja de manera repentina en la práctica totalidad de los casos, sino que lo normal es que se vaya instaurando de una forma gradual bajo diversas manifestaciones combinando varias formas de agresiones, como por ejemplo, la violencia sexual suele



venir acompañada de violencia física o psicológica. PÉREZ FREIRE¹⁵ identifica una serie de indicios que suelen preceder a la aparición de la violencia como, por ejemplo, los intentos de controlar y aislar a la víctima, las agresiones verbales, el chantaje emocional, la imposición, falta de reconocimiento de los propios errores, humillaciones y desprecios hacia la pareja. Se trata de indicios que pueden pasar desapercibidos para las personas que lo sufren menoscabando así fácilmente la forma de reaccionar y como consecuencia de ello, cuando nadie interviene en este tipo de situaciones, la misma se cronifica y se vuelve algo difícil de revertir. En palabras de SILVINA BENTIVEGNA¹⁶ *“la violencia es un tema álgido en el cual se produce un daño real o potencial para la salud, el desarrollo y la dignidad de la persona que lo sufre y de ahí la importancia de identificarla y combatirla a tiempo”*.

Uno de los aspectos característicos del maltrato a la mujer es que, generalmente, los períodos de violencia se producen por ciclos, y no de forma permanente. Se trata por tanto de una violencia que se ejerce de manera continua y latente manifestándose periódicamente y cuyo objetivo realmente no es lesionar, sino someter. Los actos violentos se repiten y van aumentando de intensidad dando lugar al denominado “ciclo de violencia”¹⁷ que tiene como objetivo *“perpetuar el control del maltratador sobre la víctima generando un progresivo estado de confusión de emociones, distorsión de*

¹⁵ PÉREZ FREIRE, SILVIA, “Interpretación en contextos de violencia de género” Ed, Tirant Lo Blanch, 2015 -1ªed. páginas 31 y siguientes.

¹⁶ ANDREA BENTIVEGNA, SILVINA., “Violencia familiar” violencia contra la mujer. Maltrato y abuso sexual en la infancia. Víctimas del patriarcado. Ed, Hammurabi, (2015).

¹⁷ MATUD AZNAR, MARÍA PILAR., “Violencia de género”. Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions. Colección Sendes (2009)., páginas 98 y siguientes.



pensamientos y paralización que dificultan que la mujer abandone la relación establecida por el sujeto maltratador”¹⁸.

PERAMATO MARTÍN¹⁹ y HERRERA RODRÍGUEZ²⁰ ofrecen una descripción de las conductas que se reproducen en este ciclo:

- Acumulación de tensión: en esta primera fase el hombre va generando una situación de tensión en la que muestra estados de irritación o muestras de enfado sin motivo aparente. No da explicación y niega su estado devolviendo en ocasiones la culpa hacia su pareja haciéndole interiorizar a ésta un sentimiento de responsabilidad sobre las situaciones desagradables que se producen entre ambos. Esta fase puede durar años, por eso, si la víctima busca ayuda se puede prevenir la irrupción a la segunda fase, conocida como la fase aguda o del golpe.
- Fase aguda o “del golpe”: en este proceso, el hombre castiga duramente a su pareja debido a que las expectativas que él tenía de ella no se ven cumplidas. La descarga de tensión se puede dar de diversas formas y grados: insultos, rotura de objetos, agresiones físicas, indiferencia absoluta etc. Esta es la etapa en donde la mujer, entra en una indefensión aprendida²¹ que le impide reaccionar .

¹⁸ ESCUDERO ANTONIO, POLO CRISTINA, LÓPEZ MARISA Y AGUILAR LOLA, 2005, “*La persuasión coercitiva, modelo explicativo del mantenimiento de las mujeres en una situación de violencia de género: Las estrategias de la violencia*”.

¹⁹ PERAMATO MARTÍN, TERESA, “Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial”, Ed Tirant Lo Blanch 2009, 1ª ed. páginas 29-33.

²⁰ HERRERA RODRÍGUEZ, M^a ISABEL, “Estudio Integral de la Violencia de Género”, Ed Tirant Lo Blanch 2018, 1ª ed. páginas 631-632.

²¹ Se define la “indefensión aprendida” como la condición por la cual una persona se inhibe ante situaciones aversivas o dolorosas cuando las acciones para evitarlo no han sido fructíferas, terminando por desarrollar pasividad ante este tipo de situaciones.



- Arrepentimiento: Llegado a este punto del ciclo, el hombre admite su mala conducta y experimenta un cambio en su comportamiento que genera en la mujer la falsa creencia de que se trata de un suceso aislado y que no se repetirá, dándole otra oportunidad creyendo que puede ayudarle a cambiar. En esta fase, frente al comportamiento de arrepentimiento por parte del hombre, la mujer deja sin efecto la denuncia. Esta fase es también denominada “luna de miel” puesto que se inicia un período de manipulación afectiva en el que se emula la idea de la vuelta al comienzo de la relación con muestras de cariño, amabilidad, atención, etc.

Como consecuencia del carácter cíclico de esta violencia, después de llegar a la fase de arrepentimiento, se produce una vuelta a la primera fase, la acumulación de tensión, hasta volver al arrepentimiento, y así sucesivamente generando en la víctima un síndrome depresivo como consecuencia de las agresiones que sufre, pudiendo llegarse aquí a una fase final “de huida”²², que se puede manifestar bien mediante el suicidio, bien mediante un intento de defensa a través de la agresión al hombre. Aquí afirma FUENTES SORIANO²³ que, en cualquiera de estas dos manifestaciones, de lo que tratará la mujer es de poner fin de forma definitiva a la situación de permanente agresión en la que vive. Y ese punto final pasa por eliminar a uno de los dos sujetos del conflicto: o bien al agresor o bien a ella misma como víctima. Esta teoría ayuda a explicar por qué muchas mujeres deciden no denunciar a sus parejas o por qué tardan tanto en hacerlo.

²² FUENTES SORIANO, OLGA, “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. Diario La Ley, páginas 1-21.

²³ FUENTES SORIANO, OLGA, “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. Diario La Ley, páginas 1-21.



IV. IMPACTO DE LA LEY 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE.

Resultaría lógico plantearse el por qué de esta ley si ya previamente en otras leyes orgánicas se venía castigando la violencia que pudiera ejercer el hombre contra la mujer. A pesar de la regulación penal que la precede, la gravedad que había ido adoptando la situación en la sociedad hacía cada vez más urgente la necesidad de una ley que respondiera directamente ante este tipo de violencia, la cual es calificada por la mayoría de la doctrina como “específica” lo que la hace diferente de la violencia doméstica dentro de la cual se incluían los supuestos de malos tratos a las mujeres por parte de sus parejas o ex parejas. En todas las reformas que se fueron sucediendo, no se hacía una distinción entre la violencia que se ejercía contra la mujer de aquella que podía dirigirse contra otros miembros de la familia como los hijos, padres o hermanos, de forma que el círculo de sujetos pasivos era cada vez mayor y, sin embargo, no se tenía en cuenta que se trataba de violencias que respondían a causas distintas²⁴.

Debido, por tanto, a la naturaleza específica de la violencia de género, entiende LAURENZO COPELLO²⁵ inapropiado identificar la violencia de género con la violencia doméstica, puesto que *“son fenómenos diferentes con distintas causas y necesitados de respuestas penales autónomas. La confusión de ambos conceptos ha conducido a que la violencia contra las mujeres quede diluida entre otras muchas manifestaciones de agresividad originadas en causas ajenas al sexo de la víctima, dando lugar a una respuesta desenfocada del Derecho penal no carente de peligrosos efectos prácticos”*.

²⁴ GUDE FERÁNDEZ, ANA, “La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico-constitucional”, Ed Tirant Lo Blanch 2013, 1ª ed. páginas 181 y siguientes.

²⁵ LAURENZO COPELLO, LAURA, “La violencia de género en la Ley Integral”, valoración político-criminal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, páginas 1-23.



FUENTES SORIANO²⁶ mantiene la misma postura en tanto considera que es necesario llevar a cabo una labor tendente a delimitar, diferenciar y entender ambos conceptos ya que sólo así se alcanza a comprender la *“necesidad de una Ley Integral que regule la protección frente a este tipo de violencia -la violencia de género- así como las peculiaridades que, necesariamente, ésta habrá de revestir”*. Afirma, que la violencia sufrida por las mujeres en el ámbito doméstico es simplemente una de tantas manifestaciones de la violencia de género, haciendo ésta última referencia a un concepto mucho más amplio que el de violencia doméstica.

Con ello, el legislador, *“estimando que se trata de un problema real y necesitado de nuevos impulsos legislativos y reclamado por la sociedad, la formulación de nuevos instrumentos de lucha contra la violencia doméstica”*²⁷, elaboró y aprobó, por unanimidad de los grupos parlamentarios, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de cuya Exposición de Motivos se colige que la ley pretende *“proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce contra las mujeres”* para cumplir con principios como los de igualdad, desarrollo y paz social. En palabras del Consejo General del Poder Judicial

²⁶ FUENTES SORIANO, OLGA, “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”. Diario La Ley, páginas 1-21.

²⁷ RUBIDO DE LA TORRE, JOSÉ LUIS, “Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal”, Ed Tirant Lo Blanch 2008, 1ª ed. páginas 10 y siguientes.



(CGPJ en adelante) esta ley orgánica tiene por objetivo *“ir perfeccionando nuestro ordenamiento jurídico para promover la igualdad de la mujer ex artículo 9.2 CE y, en especial, procurar el mayor nivel posible de prevención, protección y castigo frente a la violencia si bien no doméstica sino de la mujer”*.

La labor que se llevó a cabo fue la de modificar los artículos 83, 84, 88, 148, 153, 171, 172 y 468 del Código Penal agravando determinadas conductas punitivas que si bien ya venían contempladas en la norma, no lo eran desde el punto de vista de la violencia de género. Así conductas punitivas como los delitos de lesiones contra la esposa o persona de análoga relación de afectividad, los delitos de coacciones y amenazas leves o el delito de quebrantamiento de condena de medida cautelar fueron objeto de reforma. Se potencia, además, la Orden de Protección para las mujeres víctimas de esta violencia y se mejoran las medidas de ejecución de sentencias como la de alejamiento o aproximación a la víctima.

Pero, como expone RUBIDO DE LA TORRE²⁸, lo más importante de esta norma legal es la incorporación a nuestro sistema penal punitivo de sanciones penales basadas en el sexo del autor y de la víctima, así como la intencionalidad del sujeto activo. A raíz de esta incorporación, surgieron numerosas críticas tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial que pusieron en tela de juicio la constitucionalidad de algunos preceptos que se contemplan en esta ley, considerando que suponían una contradicción con la Constitución Española y con el principio de igualdad que ésta proclama en su

²⁸ RUBIDO DE LA TORRE, JOSÉ LUIS, “Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal”, Ed Tirant Lo Blanch 2008, 1ª ed. páginas 12 y siguientes.



artículo 14, y que generaron asimismo una larga lista de sentencias que con motivo de las mismas fueron dictadas por el Tribunal Constitucional ²⁹.

No se mostró de acuerdo con la norma legal, el CGPJ. Como es de saber, este órgano ostenta potestad para emitir, dentro de sus competencias, informes de leyes o de normas procesales que puedan afectar a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los tribunales ordinarios, del ejercicio de derechos fundamentales así como cualquier otra cuestión que pueda afectar a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales. Es por ello, que tras un análisis de la Ley Integral, emite informe en el que muestra en varios puntos su disconformidad con el legislador.

En primer lugar, determina que las relaciones de dominación, si bien suelen ser muy frecuentes en el ámbito de la pareja en la que la posición dominante la adopta el hombre y la posición dominada la ostenta la mujer, éstas pueden generarse en muchos otros ámbitos de diferente naturaleza, y a pesar de que defiende que la norma deba reaccionar frente a situaciones de dominación en la pareja, considera que *“debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante”*³⁰, pues a pesar de ser ésta, el tipo de violencia más habitual, agrega en el informe que también, aunque en menor medida, están presentes los casos de violencia contra los hombres, ascendientes y contra menores y, en consecuencia *“la circunstancia de que personas que no son mujeres constituyan una minoría en términos porcentuales, no debería impedir que una ley integral de medidas contra la violencia en ámbitos de subordinación extienda su*

²⁹ LAURENZO COPELLO, LAURA, “La violencia de género en la Ley Integral”, valoración político-criminal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, páginas 1-23.

³⁰ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.



*ámbito de protección también a esas personas*³¹; *“la ley debería ser integral también en lo subjetivo en situaciones objetivas idénticas”*³²; *“por lo tanto, no se obtiene mayor protección de la mujer por la circunstancia de que la ley la proteja tan sólo a ella excluyendo de su ámbito a menores o ancianos, incluso a los hombres”*³³.

En segundo lugar, hace una crítica a las medidas de acción positiva que son defendidas por buena parte de la doctrina para justificar la constitucionalidad de la norma, ya que si bien es cierto que con ellas se trata de *“remediar situaciones reales de desigualdad para reestablecer la igualdad a la que se tiene derecho según el artículo 14”*³⁴, opina el CGPJ que el límite de la misma es la restauración del equilibrio, no pudiendo conducir a lo que denomina un *“desequilibrio inverso por exceso”*³⁵. Las considera improcedentes, ya que no estima que resulten de aplicación ni en el ámbito penal ni mucho menos en el judicial pues éste *“es en principio ajeno a aquellos otros ámbitos propios de iniciativas inspiradas en esa acción positiva como el social, educativo, prestacional, laboral o funcional”*³⁶. Señala, por tanto, que ni en lo respectivo a la protección penal ni a la tutela judicial efectiva, cabe apreciar como punto de partida

³¹ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

³² Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

³³ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

³⁴ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.

³⁵ GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, hablaba de ello cuando mencionaba que la Ley Integral no se limitaba a establecer una discriminación positiva en favor de la mujer, sino que va más allá y sanciona una discriminación negativa en perjuicio del varón. “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”. Diario La Ley, páginas 483-502.

³⁶ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer.



esa desigualdad, en tanto que hombre y mujer, ante la vulneración de cualquier derecho, parten de la misma situación de tutela por el derecho.

GONZÁLEZ RUS³⁷ tampoco parece tener claro la constitucionalidad de la norma, ya que considera que de haberse regulado en los tipos penales un sujeto pasivo que fuese mujer, pero un sujeto activo que pudiera serlo cualquiera, no se hubieran planteado problemas de discriminación negativa hacia el varón y podría haberse encontrado *“el punto de equilibrio exacto entre una discriminación positiva para beneficio de la mujer y el correspondiente respeto al principio constitucional de igualdad”*. En definitiva, se posiciona a medio camino sobre esta cuestión pues si bien considera necesaria esa especial protección que se le otorga al sexo femenino, estima que por el sujeto activo no debió haberse reclamado en la ley, un sexo determinado, y de ahí que lo considere contrario al principio de igualdad sancionado en el artículo 14 de la Constitución española, pues advierte así que el varón *“ve agravada su responsabilidad no sobre la base de criterios de mayor importancia del peligro o de la lesión del bien jurídico, o de mayor lesividad o peligrosidad de la acción para otros bienes jurídicos, ni de mayor culpabilidad, sino al simple hecho de ser hombre”*.

En contraposición a los que la critican, los defensores de esta ley justifican y apoyan su aprobación tanto en la idea de que se trata de medidas de acción positiva, las cuales logran equilibrar los desajustes que durante siglos ha venido sufriendo la mujer por su pertenencia al “sexo débil”, como en que la norma queda respaldada por el mandato

³⁷ GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, “La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones”. Diario La Ley, páginas 483-502.



contemplado en el artículo 9.2³⁸ de la Constitución, conforme al que los poderes públicos tienen la obligación de adoptar medidas de acción positiva que hagan reales y efectivos derechos como los de igualdad y libertad *“removiendo los obstáculos que impiden o dificulten su plenitud”*.

LAURENZO COPELLO³⁹ considera que podría tratarse de una lesión flagrante del principio de igualdad al producirse un supuesto de discriminación por razón de sexo en contra del varón y ello lo explica por tres motivos: la exclusión del hombre por el simple hecho de su sexo, de la tutela penal reforzada frente a la violencia doméstica que se otorga a la mujer, su imposibilidad de acceder a los juzgados de violencia los cuales fueron creados por esta ley con el objetivo de mejorar la tutela judicial de los ciudadanos, y, por la mayor severidad del castigo al varón cuando agrede a una mujer sin otra causa que la de su pertenencia al sexo masculino.

No obstante estima⁴⁰ que la exclusión del varón como sujeto pasivo de las figuras agravadas introducidas por la Ley Integral, realmente no afecta al principio de igualdad en tanto en cuanto, el refuerzo en la tutela penal ofrecida a las mujeres, no repercute en la protección que se le otorga a los varones por el ordenamiento punitivo, pues no les quita protección a ellos para dársela a las mujeres, sino que *“simplemente se parte de*

³⁸ FUENTES SORIANO, OLGA, afirma que la violencia que pueden padecer hombre y mujer en el ámbito doméstico, no parte de situaciones homologables y que por tanto, se admite una regulación diferenciada siempre que ésta pase por lo que se conoce como el “test de constitucionalidad”, lo que implica que la diferenciación que marca la ley ha de ser objetiva y razonable, concluyendo así que la adopción de medidas de discriminación positiva es una técnica perfectamente constitucional a la que el Estado viene expresamente legitimado por mandato del artículo 9.2 de la Constitución.

³⁹ LAURENZO COPELLO, LAURA, “La violencia de género en la Ley Integral”, valoración político-criminal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, páginas 1-23.

⁴⁰ LAURENZO COPELLO, LAURA, “La violencia de género en la Ley Integral”, valoración político-criminal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, páginas 1-23.



la suficiencia de las normas penales generales para garantizarles una tutela adecuada frente a eventuales agresiones de sus parejas y por eso no se les incluye en una estrategia preventiva pensada para proteger a quienes se encuentran expuestas a un riesgo superior”. Entiende que el legislador en esta norma no excluye en ningún momento el supuesto de que el varón pueda ser víctima de agresiones por parte de su pareja, mujer, o conviviente, sino que más bien comprende el especial peligro al que vive expuesta la mujer por su propia condición femenina, la cual la coloca en una posición subordinada y dependiente del hombre y así, para prevenir sus efectos, le otorga esa protección reforzada⁴¹.

Se muestra también defensora DE ELENA MURILLO⁴² ya que, tras estudiar el principio de igualdad, afirma que esta ley es plenamente constitucional en base a la posibilidad de que los poderes públicos actúen contra la inferioridad de la mujer, la cual está sometida al hombre violento, y que la discriminación positiva tiene pleno encaje en Derecho Penal porque no es desproporcionada, excesiva o innecesaria.

⁴¹ MAQUEDA ABREU, MARÍA LUISA, en su artículo “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la ley integral”, no considera que resulte político criminalmente aceptable reservar a la mujer, por el solo hecho de serlo, un régimen especial de tutela, pues opina que la imagen de desvalimiento y debilidad que se transmite con esa tutela reforzada, no le hace bien a la causa de las mujeres.

⁴² DE ELENA MURILLO, VICTORIO, “La Ley sobre medidas de protección integral contra la violencia de género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales”. Diario La Ley, 2006.



El Tribunal Constitucional por su parte declaró la constitucionalidad de la norma en una larga lista de sentencias, encabezada por la STC 59/2008⁴³, dejando sentada una doctrina reiterada en posteriores pronunciamientos⁴⁴ en los que tuvo claro que el principio de igualdad jurídica que consagra el artículo 14 CE no prohíbe, sino que más bien obliga al legislador a tener en cuenta la necesidad y la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y en consecuencia darles un trato diferente. Mantiene asimismo, que la apreciación de en qué medida dos situaciones se consideran desiguales y por ello, procede otorgarles un trato distinto, queda al criterio del legislador siempre y cuando éste no actúe contra derechos y libertades constitucionales. Así, en su STC 14 de mayo de 2008, mantuvo que no existe infracción del principio de igualdad, en tanto que las diferenciaciones que se dan en la ley son *“fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal, que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no conduce a consecuencias desproporcionadas”*. Considera por tanto, que el tratamiento diferenciado está justificado por motivos de prevención general pues *“tal necesidad la muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia de una grave criminalidad que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja”*.

⁴³ En esta sentencia, se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Magistrada titular del Juzgado de lo Penal núm 4 de Murcia, en relación con el artículo 153 del Código Penal por la redacción dada al mismo por el artículo 37 de la Ley Orgánica 1/2004 puesto que tal precepto prevé una pena distinta en función de quién sea la víctima del maltrato ocasional, siendo la pena de prisión de seis meses a un año cuando la víctima “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” y una pena de prisión de tres meses a un año “cuando la víctima sea cualquier otra persona perteneciente al círculo familiar”, advirtiéndose así, en la cuestión planteada por este Juzgado de una infracción de los derechos de la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho a la presunción de inocencia, regulados en los artículos 10, 14 y 24.2 respectivamente de la Constitución Española.

⁴⁴ Son destacables también sentencias como las siguientes: STC 76/2008, de 3 de junio, STC 107/2009, de 4 de mayo, STC 167/2009, de 2 de julio, STC 179/2009, STC 152/2009, de 25 de junio, STC 45/2009, de 19 de febrero, STC 127/2009, de 26 de mayo y STC 151/2009, de 25 de junio entre otras.



V. LAS MANIFESTACIONES NORMATIVAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO Y FAMILIAR

Como se ha venido mencionando en las líneas precedentes, en materia de violencia de género la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, lleva a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal a las víctimas de este tipo penal, incorporándose, en primer lugar, el género como motivo de discriminación en la agravante 4ª del artículo 22 CP. Así, a la agravante por motivos de discriminación, se añade expresamente como elemento determinante de su apreciación, el género.

Su inclusión fue cuestionada por un sector de la doctrina, pues se puso en duda si realmente se trata de una incorporación novedosa en la materia o si se trata de un mero instrumento simbólico⁴⁵, manifestando que este motivo ya se encuentra inserto en el de discriminación por razón de sexo, además de que ya existe esta protección especial por razón de género con agravaciones específicas en los tipos de violencia de género. Es importante destacar aquí la perspectiva ofrecida por ACALE SÁNCHEZ⁴⁶, pues explica sobre esta figura que *“una agravante genérica de discriminación por razón de género permitiría a los jueces valorar caso por caso el componente sexista de las conductas violentas de los hombres sobre las mujeres, evitando las presunciones injustificadas sobre la gravedad de la culpabilidad del autor o la inferioridad de la mujer que son consecuencias inevitables de las figuras género específicas”*.⁴⁷

⁴⁵ MARÍN DE ESPINOSA, CEBALLOS, ELENA B, “La agravante genérica de discriminación por razones de género (art.22.4 CP), Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, páginas 1- 20.

⁴⁶ ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal”, Reus, Madrid 2006, páginas 406-415.

⁴⁷ Por el contrario, la STS 420/2018, de 25 de Septiembre de 2018, distingue nítidamente entre la agravante de género y la de sexo



Del análisis de dicho precepto, se desprende la apreciación de dos elementos que han de concurrir para su aplicación: la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer y que el hecho sea cometido en el ámbito de las relaciones de matrimonio o análogas de afectividad, presentes o pasadas⁴⁸.

Como afirma parte de la doctrina, esta agravante genérica por razón de género resulta de gran utilidad puesto que permite valorar la realización de actos machistas en el seno de la pareja en todos aquellos supuestos que no han sido contemplados de manera expresa por el legislador a través de circunstancias específicas de género.

A. LAS LESIONES

El artículo 148.4 del CP contempla el hecho de que la víctima de las lesiones que se regulan en el artículo 147.1 del CP (menoscabos físicos y psíquicos de cierta gravedad) fuese o hubiese sido su esposa, o mujer que estuviese o hubiese estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, cuya pena podrá ser de prisión de dos a cinco años en función del resultado causado o riesgo producido. La diferencia con el artículo 153 CP es que, en éste, para aplicar el menoscabo psíquico o la lesión han de ser constitutivas de un delito leve del art 147.2 CP, lesiones de menor gravedad, puesto que de ser de mayor gravedad serían de aplicación los arts 147.1 y 148.4 CP. Los apartados 4) y 5) agravan del artículo 148 REDACTAR MEJOR un comportamiento precedentemente definido como delito por el art 147 por el hecho de constituir expresión de violencia de género. Los apartados 4) y 5) de este precepto

⁴⁸ Sin embargo el Pleno del Tribunal Supremo en STS 4353/2018 entiende que “los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad”.



fueron incorporados por LO 1/2004 constituidos como agravante del delito de lesiones del 147.

B. MALTRATO FÍSICO O PSÍQUICO EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Dentro de la violencia que se pueda producir en el ámbito de la familia, es necesario hacer distinción entre la realizada por el hombre contra la mujer de la realizada por el hombre o mujer contra algunos sujetos que forman parte del círculo de convivencia familiar: descendientes, ascendientes, hermanos, menores o incapaces, etc. Ambas figuras penales vienen reguladas en los artículos 153 y 173 CP compartiendo estos preceptos ciertas características respecto a lo concerniente a la violencia física o psíquica de género en el ámbito familiar:

- La realización de tal violencia debe producirse en el ámbito privado familiar.
- La violencia deberá dirigirse contra la esposa, si hay o hubo matrimonio, o contra persona ligada a él por una análoga relación de afectividad al matrimonio.

No obstante, las diferencias entre ambos tipos penales radican en que en el tipo penal regulado en el artículo 153 no se exige habitualidad en la violencia para ser castigada, pero en el del artículo 173 sí la exige.

I. LA VIOLENCIA OCASIONAL DEL ARTÍCULO 153.1 CP

El delito de violencia de género que se recoge en este precepto se caracteriza por la relación entre el sujeto activo, con respecto al que, expresiones del propio precepto



como “*ligada a él*” determinan la figura del hombre y excluyen la posibilidad de que sea autora de este delito una mujer y el sujeto pasivo, mujer, con relación sentimental actual o pasada. CABEZA OLMEDA⁴⁹ entiende que al no exigirse la convivencia⁵⁰ entre el autor y la víctima, caben dentro del precepto las relaciones de noviazgo u otras relaciones sentimentales de cierta intensidad que no suponen convivencia.

La conducta típica consiste en “*causar por cualquier medio o procedimiento un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147 CP* (antes se decía una lesión no definida en el CP como delito) o *maltratar de obra o golpear sin causar lesión*”.

En lo referente al bien jurídico objeto de protección, además de la salud y la integridad física y psíquica de la víctima, se la protege también en la convivencia con su maltratador. A juicio del propio Tribunal Supremo⁵¹, el maltrato familiar “*es la situación de dominio y poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes*”, por lo que este precepto otorga protección a “*las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros mas fuertes de la familia*”.

II. LA VIOLENCIA HABITUAL DEL ARTÍCULO 173.2 CP

Se constituye como el delito más grave de los referidos a la violencia doméstica y de género en nuestra legislación penal. Tras la reforma operada por la LO 11/2003, del

⁴⁹ CABEZA OLMEDA-MANJÓN, ARACELI, “Derecho Penal Español, Parte Especial (I)”, Ed Tirant Lo Blanch 2011, 2ª ed, páginas 504 y 505.

⁵⁰ La STS 510/2009, parte de que la convivencia es una obligación en el matrimonio y un elemento esencial en las parejas de hecho, pero afirma que no es requisito para la aplicación de los arts 153 y 173.2 pues no pueden excluirse casos en los que hay un proyecto de vida en común, pero en domicilios separados por razones personales, profesionales o familiares.

⁵¹ Así refleja este criterio en sentencias como por ejemplo, la STS 856/2014, de 26 de diciembre



Código Penal, pasó de ubicarse en el Título VII CP que lleva por rúbrica “*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*” a trasladarse a los delitos de malos tratos, lo cual ha llevado a afirmar que el bien jurídico protegido es la integridad moral de la víctima⁵², entendida ésta como aquella dimensión espiritual y valorativa de la persona que la diferencia de los animales y cosas, y que se ve menoscabada cuando es tratada como si fuera un simple objeto. No se trata de una agravación de otros delitos, sino de una figura especial cuya conducta típica consiste en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre las personas protegidas, castigándose con pena de prisión de seis meses a tres años y la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años.

Es cuestión exigida en este concepto, que los actos de violencia se lleven a cabo bien por acción, bien por omisión recayendo sobre un determinado círculo de personas pertenecientes al escenario familiar, su reiteración continuada generando de un clima de temor, así como una proximidad temporal de los actos.

C. LAS AMENAZAS

Hacemos referencia aquí al artículo 171 CP en sus apartados 4) y 5), ambos introducidos a raíz de la aprobación de la LOVG.

En el apartado cuarto se pasó a definir como delito las conductas constitutivas de faltas de amenazas leves. Se produce una transformación de amenazas constitutivas de delito leve a delito menos grave, sucediendo cuando la víctima sea o haya sido esposa del

⁵² Así lo entiende parte de la doctrina como por ejemplo, OLMEDO CARDENETE, MIGUEL DOMINGO, “Delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial”, Ed Atelier 2001, o MORILLAS CUEVA, LORENZO “Estudios penales sobre violencia doméstica”, Ed Edersa 2002, páginas 89 y siguientes.



autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Se prevé, para este delito, una 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.

Por otro lado, el apartado quinto, modificado por la LO 1/2015, incluye la expresión “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*” debiendo considerarse por tanto que en atención al círculo de víctimas aquí señaladas la pena a imponer es la de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años. Se prevé aquí un subtipo agravado (las penas en su mitad superior) cuando el delito se perpetre en presencia de menores o tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal o medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

D. LAS COACCIONES

Reguladas en el artículo 172.2 CP, se vienen a castigar la anterior falta de coacciones como delito de coacciones leves cuando se trate de la misma víctima, mujer que sea o haya sido su esposa o esté ligada con el sujeto por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. En este delito de coacciones leves se introducen las mismas circunstancias de agravación y atenuación previstas en relación con el tipo de amenazas leves. Su conducta activa presupone que el sujeto activo emplee y consiga la imposición de su voluntad sobre la del agraviado, a través del ejercicio de la violencia



tanto en forma física, como en forma de presión moral intimidatoria que se reflejen y repercutan en los derechos sobre éstas del sujeto pasivo y que, de la confrontación surgida por la divergencia de adversas voluntades, con imposición de la del inculcado sin causa legitimadora, se quebrante la libertad de obrar del ofendido anulando así su autodeterminación e impidiéndole hacer lo que la ley no prohíbe o compeliéndole a efectuar lo que no quiere hacer.

La pena a imponer en estos casos es de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años. Se prevé, además, la misma pena para las coacciones leves que se ejerzan sobre las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

Todo ello lleva a considerar erróneo el frecuente pensamiento en la práctica de que en la regulación penal no se configuran como tal los delitos de violencia de género. Si bien es cierto que su introducción como categoría delictiva, no ha llevado consigo la tipificación de nuevos comportamientos, pues las infracciones penales ya existían, lo que sí se lleva a cabo es una transformación de esos delitos ya preexistentes que, sin perder su condición de tales, como por ejemplo, homicidio o asesinato, podrán configurarse, además, como delitos de violencia de género siempre que hayan sido cometidos por el hombre sobre la mujer, pareja o ex pareja⁵³.

En síntesis, lo que hace la ley es elevar la pena de determinados comportamientos, agravándola o calificando ahora como delito lo que anteriormente eran las faltas, sólo cuando la víctima es o ha sido mujer, pareja.

⁵³ LARRAURI PIJOAN, ELENA, “Criminología crítica y violencia de género”, Ed Trotta 2007, 1ª ed. páginas 86 y siguientes.



VI. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE DOMINACIÓN O MACHISMO

Otra cuestión que tampoco resulta pacífica ni en doctrina ni en jurisprudencia y que, como explica GUINARTE CABADA⁵⁴, resulta fundamental en la interpretación de los tipos de violencia de género nacidos de la Ley Integral, es la relacionada con la determinación de si cualquier tipo de acción violenta, ya sea física, ya sean amenazas o coacciones que tengan lugar en las relaciones de pareja, debe considerarse automáticamente como violencia de género, o si por el contrario, ello será determinante únicamente cuando el hecho cometido por el sujeto activo fuere guiado por alguna intención de sometimiento o dominación sobre la mujer.

A) LAS DIFERENTES POSICIONES DOCTRINALES

Son varias los planteamientos que se han formulado acerca de ello. En una primera posición se pueden agrupar aquellos que consideran que la aplicación de los tipos de violencia de género no requiere, aparte de la modalidad de acción típica, de ningún otro requisito relativo a la posición que adoptan ambos sujetos en la relación de pareja y al sexo de autor y víctima, siendo por tanto su aplicación, automática. SÁNCHEZ YLLERA⁵⁵ así lo entiende al considerar que añadir a la previsión normativa la exigencia de un ánimo especial de dominación o discriminatorio como requisito esencial para considerar los hechos como constitutivos de un delito de violencia de género, sería una indebida aplicación de la reforma penal introducida por la Ley Orgánica 1/2004. Estima por ello que para la ley, la dominación masculina no ha de ser

⁵⁴ GUINARTE CABADA, GUMERSINDO, “La violencia de género, aspectos médico-legales y jurídico-penales”, Ed Tirant Lo Blanch 2013, 1ª ed. páginas 234 y siguientes.

⁵⁵ YLLERA SÁNCHEZ, IGNACIO, “Maltrato y dominación. (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica)”. Diario La Ley. Nº 8158, Sección Doctrina, Septiembre 2013, páginas 5- 16.



probada en tanto que estamos ante una realidad que afecta al colectivo femenino y que se manifiesta en todos y cada uno de los casos de violencia, tratándose *“de una pauta cultural ya existente y que por tanto ese ánimo de sometimiento de la mujer es inherente a las propias conductas violentas que se ejercen sobre éstas”*.

En orden a los que consideran lo contrario, RAMÓN RIBAS⁵⁶, manifiesta que no es suficiente con que el agresor sea hombre y la víctima sea mujer, ni que ésta sea o haya sido pareja sentimental del agresor, pues la violencia ejercida *“debe constituir una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres o, más exactamente, una manifestación de discriminación, desigualdad o poder de un determinado hombre sobre una determinada mujer”*. Advierte, por tanto, que para calificar un acto de violencia ejercido sobre la mujer como violencia de género, habrá de comprobarse en cada caso concreto si la violencia practicada es manifestación de la discriminación, debiendo conocer y ser consciente el autor de los hechos de que su conducta supone una humillación o degradación de la mujer por el mero hecho de serlo.

B. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA STS 677/2018, DE 20 DE DICIEMBRE.

En el plano jurisprudencial, la situación no dista mucho respecto al doctrinal, en tanto que surge el mismo planteamiento y se producen disparidad de criterios a la hora de dictar sentencia. Como señala MUÑOZ COMPANYY⁵⁷ de exigirse efectivamente este

⁵⁶ RAMÓN RIBAS, EDUARDO, *“Los delitos de violencia de género según la Jurisprudencia actual”*. *Estudios Penales y Criminológicos* (2013), páginas 405-410

⁵⁷ MUÑOZ COMPANYY, MARÍA JESÚS, *“Violencia de género y necesidad o no de elemento subjetivo específico de dominación. Jurisprudencia y legislación reciente”*, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1725>



elemento subjetivo del tipo, la mayoría de procedimientos se centrarían en esta cuestión resultando en muchos casos casi imposible acreditar esa intención del agresor. Es por ello que considera que las consecuencias prácticas derivadas de la exigencia de esa intención de dominación, resultan ser injustas, compartiendo así opinión con SÁNCHEZ YLLERA⁵⁸ y DE LA FUENTE HONRUBIA⁵⁹, pues advierten éstos que de no considerarse probado el elemento subjetivo, la conducta sería declarada como delito de lesiones leves cuya pena es de multa de uno a tres meses, pero, si la agresora es la esposa o ex pareja, ésta sería castigada como autora de un delito del artículo 153.2 del Código Penal, que castiga con pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días. Se apreciaría aquí una diferencia penológica, derivada simplemente de la exigencia de un elemento que realmente no viene expresamente exigido por ley, pero que, sin embargo, a falta de un criterio taxativo, da lugar a tantas interpretaciones contradictorias que pueden derivar en resultados injustos.

No ha cumplido con la labor de llevar en este sentido una función unificadora el propio Tribunal Supremo en tanto que, en algunas de sus resoluciones se decanta por la exigencia de ese trasfondo discriminatorio, pero en otras parece adoptar la solución contraria. Como consecuencia de esa falta de unificación se venían constatando las diferentes interpretaciones que se vienen aduciendo. Tal es así que algunos órganos judiciales sostienen que para poder constatar si estamos o no ante un supuesto de violencia de género, junto con el elemento objetivo de la lesión, el golpe o el maltrato

⁵⁸ SÁNCHEZ YLLERA, IGNACIO, “Maltrato y dominación, paradojas judiciales sobre una cultura incívica”. Diario La Ley Nº 8159, 2013.

⁵⁹ DE LA FUENTE HONRUBIA, FERNANDO, “¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género?. Análisis de la jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales”, en Fundación Internacional de Ciencias Penales, XIV Seminario Interuniversitario de Derecho Penal, 2011, página 5.



físico, se requeriría un elemento subjetivo que muestre una clara manifestación de ánimo de dominación o sometimiento de la mujer.

Así pues, agrupando los pronunciamientos que exigen la concurrencia de este elemento subjetivo se destacan resoluciones como la SAP de Valencia, 438/2001, de 22 de septiembre, que plantea claramente esta cuestión cuando afirma que *“no todas las agresiones producidas en el marco de la relación de pareja entre hombre y mujer son expresión de la violencia machista”,* y que por tanto *“habrá que justificar que la situación de hecho sea constitutiva de violencia de género. No hay presunción alguna contra reo; y al juzgador se le ha de presentar como indudable que la situación probada se enmarca como violencia de género”*.

De igual modo, la Audiencia Provincial de Castellón en SAP 415/2005 de 9 de diciembre, mantiene la exigencia de la concurrencia del elemento intencional y subjetivo de la prueba de dominación del hombre sobre la mujer: *“La aplicación del art 153.1 CP exige un plus, un elemento adicional, cual es que esa conducta violenta o de maltrato pueda catalogarse como una manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”* o las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia como la SAP 451/2008, de 3 de diciembre, que exige de manera inequívoca en la aplicación del art 153 y 171.4 CP, la necesidad de prueba de la existencia del elemento de dominación del hombre sobre la mujer afirmando que: *“el género femenino no se ve afectado en el concreto caso enjuiciado, en el que no aparece subyugado ni sometido al dominio o prepotencia del varón, sino que se sitúa en un plano de igualdad golpeándose las dos partes mutuamente a un mismo nivel, fruto de la discusión previa”*.



Por su parte el Supremo en su STS 1177/2009, de 24 de noviembre, sostiene que *“la aplicación del artículo 153 del Código Penal requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibles”*. En la misma línea, la STS 654/2009, de 8 de junio, niega la consideración de violencia de género a aquellas lesiones causadas sin que *“se produjera en el contexto propio de las denominadas conductas machistas”*. Contrariamente a ellas, en STS de 30 de septiembre de 2010, el Tribunal Supremo lleva a cabo una modificación de su criterio afirmando que es *“indiferente que la motivación del agresor hubiera sido económica o de cualquier otra clase, siendo lo verdaderamente relevante el uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada”*.

La doctrina unánime del Tribunal Constitucional, por su parte, discrepa con el Tribunal Supremo pues en sus resoluciones no se venía exigiendo la concurrencia del elemento subjetivo de dominación. Un ejemplo de ello, es la STC de 14 de mayo de 2008, que declaró la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal sin exigir la presencia de ningún elemento subjetivo adicional, afirmando que *“no es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad”*. Otro ejemplo nos lo ofrece la STC 41/2010 de 22 de julio de 2010, en la que se mantiene la no exigencia de la prueba del elemento intencional, sino que el acusado puede probar que hubo una



intención distinta, o que los hechos y las circunstancias son al margen de un tratamiento de género o de la desigualdad.

El origen de esta variedad de criterios radicaba en el extenso margen de interpretación a que daba pie la redacción del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. MAGRO SERVET⁶⁰ mantiene que de la literalidad del precepto se podía llegar a deducir la existencia de un ánimo de machismo o dominación y que conforme a ello, bien se podía tratar de una simple declaración de intenciones acerca de lo que constituye la violencia de género, o bien tratarse de uno de los elementos que constituye y conforma el tipo penal en sí para integrarse como elemento del delito y, en consecuencia, constituir un elemento que debe ser objeto de prueba en la fase de juicio oral en el proceso penal.

Sea como fuere, el Tribunal Supremo recientemente por medio de su STS 677/2018, de 20 de diciembre, dictada en Pleno de la Sala Segunda, se ha pronunciado al respecto y ha declarado que *“no estaba en la mente del legislador cuando redactó el artículo 1 LO 1/2004 que iba a tener la trascendencia jurídica que ha tenido algo que nada más era una declaración de intenciones cuando se quiso incluir que las actuaciones violentas de un hombre sobre su pareja llevaban tras de sí un concluyente ánimo de conseguir dominarlas”, “constituía una mera reflexión que nada tenía que ver con una promulgación de los elementos subjetivos del tipo penal”*. En consecuencia, no se ha venido exigiendo en ningún caso por ley como elemento del tipo subjetivo de lo injusto del artículo 153.1 del Código Penal, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo, quedando el ánimo de

⁶⁰ MAGRO SERVET, VICENTE, “La carga de la prueba de la intención de dominación o machismo en la violencia de género”, Artículo doctrinal, páginas 1-9.



dominación excluido de los requisitos del tipo penal para poder fundamentar una condena por medio de dicho artículo.

Así pues, no constituyendo la dominación elemento del tipo penal, establece la Sala que su ausencia no faculta para degradar y derivar la conducta a un delito del artículo 147.3º del Código Penal, así como tampoco lo permite el comportamiento recíproco de agresión entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja, incluso en los supuestos en los que la mujer pudiera iniciar los actos de maltrato y el hombre respondiera a éstos. Ha referido el TS respecto a esto último que *“se entiende que los actos de violencia que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen actos de poder y superioridad frente a ella con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad”*, añadiendo que *“ello no queda desvirtuado por la circunstancia de que la mujer responda a esa agresión con otra agresión y constituir una agresión recíproca”*.

En conclusión, a raíz de este último pronunciamiento, cualquier tipo de violencia del hombre dirigida hacia la mujer, pareja o ex pareja, será considerada como un delito de violencia de género tipificado en el artículo 153.1 del Código Penal y en consecuencia será de aplicación la pena que éste contempla, ello con independencia incluso, de los supuestos de riñas mutuas en los que la mujer también realiza actos violentos contra el hombre o, de que haya sido ésta la que inició la pelea, siendo castigada en cualquier caso, por un delito del artículo 153.2 cuya pena aplicable es visiblemente inferior.



VII. CONCLUSIONES

Resulta innegable que en materia de violencia de género la evolución legislativa ha sido constante desde que se empezó a penalizar este fenómeno tratando de cubrir con la ley todos y cada uno de los posibles escenarios en los que pueda darse una situación de violencia contra la mujer para, allí donde se produzca, imponer un castigo al culpable. No obstante, también es innegable que sigue sin ser suficiente, pues en lo que va de año la cifra asciende a 15 mujeres asesinadas en manos de sus parejas o ex parejas lo cual en mi opinión demuestra que no todo queda en manos de la ley, que también tiene un papel muy importante la educación pues de nada sirven los constantes esfuerzos por imponer castigos más severos, si la sociedad continúa creciendo con unos valores y unas conductas que siguen propiciando la violencia machista. Es por ello que dentro de toda esa evolución legislativa, además de continuarse enfocándose en la legislación penal, también se debería intervenir en materia educativa.

Como consecuencia de esta realidad, en ocasiones, la protección a la mujer ha tenido ciertas connotaciones injustas porque si bien ha quedado claro el hecho de que la violencia de género es realizada por el hombre -dentro de una relación de pareja- con el ánimo de dominar a la mujer debido a un concepto cultural y social de predominio del varón, no debemos entender por ello que cualquier hombre es un potencial maltratador por el simple hecho de ser hombre. Por lo tanto, en contra de lo que opina al respecto el Tribunal Supremo, sí considero que el elemento subjetivo de machismo ha de ser probado, pues en un supuesto de riñas mutuas en el cual el móvil de la agresión no necesariamente tiene que ser una intención machista del hombre para someter y dominar a la mujer, siguiendo el criterio del TS se le aplicará igualmente el artículo 153 del Código Penal acarreando un trato desigual y con ello una pena distinta



para una circunstancia en la que ambos manifestaron el mismo comportamiento y sufrieron los mismos daños o lesiones.

Por otro lado, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha generado un gran impacto acerca de su constitucionalidad. Se suele decir que el fin justifica los medios, pero en este caso no considero que la finalidad de otorgar la máxima protección a las mujeres de este tipo de violencia justifique a través de las leyes de discriminación positiva la desigualdad ante la ley que ha generado. Ello porque esa desigualdad no sólo da como resultado que las mujeres sigan muriendo igualmente a manos de sus parejas, sino que además se crean situaciones de indefensión respecto al hombre en supuestos como las denuncias falsas o pérdidas de custodia sobre los hijos. La solución no está en la presunción de que todos los hombres actúan por machismo y en consecuencia, castigarlos como tal, sino más bien en reforzar las medidas de protección y de prevención de las que ya se dispone para lograr que el colectivo de mujeres deje de ser vulnerable.



BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ MARÍA, “La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal, Reus, Madrid 2006.

- CABEZA OLMEDA-MANJÓN ARACELI, “Derecho Penal Español, Parte Especial (I)”, Ed Tirant Lo Blanch, 2011, 2ª ed.

- DEL POXO TRIVIÑO MARIBEL TOLEDANO BUENDÍA CARMEN, “Interpretación en contextos de violencia de género”, Ed Tirant Lo Blanch, 2015, 1ª ed.

- GUINARTE CABADA GUMERSINDO, “La violencia de género, aspectos médico-legales y jurídico-penales”, Ed Tirant Lo Blanch, 2013, 1ª ed.

- HERRERA RODRÍGUEZ Mª ISABEL, “Estudio Integral de la Violencia de Género”, Ed Tirant Lo Blanch, 2018, 1ª ed.

- HERNÁNDEZ MOURA BELÉN, “Protección a las víctimas de violencia de género en la Ley 4/2015 de 30 de marzo de protección ciudadana”, Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género, Ed Tirant Lo Blanch, 2018, 1ª ed.

- LARRAURI PIJOAN ELENA, “Criminología crítica y violencia de género”, Ed Trotta, 2007, 1ª ed.

- MAQUEDA ABREU MARISA, RUBIO CASTRO ANA, LAURENZO COPELLO PATRICIA, “Género, violencia y derecho”, Ed Tirant Lo Blanch, 2008, 1ª ed.



- MARTÍN SÁNCHEZ MARÍA, “Estudio Integral de la Violencia de Género”, Ed Tirant Lo Blanch, 2018, 1ª ed.
- MATUD AZNAR MARÍA PILAR, “Violencia de Género”, Editor Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions (10 de marzo de 2019), Colección Sendes.
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO, “Derecho Penal, Parte Especial”, Ed Tirant Lo Blanch, 2019, 22ª ed.
- PÉREZ FREIRE SILVIA, “Interpretación en contextos de violencia de género”, Ed Tirant Lo Blanch, 2015, 1ª ed.
- PERAMATO MARTÍN TERESA, “Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial”, Ed Tirant Lo Blanch, 2009, 1ª ed.
- RAMÓN RIBAS EDUARDO, “Violencia de Género y Violencia Doméstica”, Ed Tirant Lo Blanch, 2008, 1ª ed.
- RAMÓN RIBAS EDUARDO, ARROM LOSCOS ROSA, NADAL GÓMEZ IRENA, “La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal”, Ed Dykinson, 2010, 1ª ed.
- ROIG TORRES MARGARITA, “Últimas reformas legales en los delitos de violencia de género. Perspectiva comparada”, Ed Tirant Lo Blanch, 2018, 1ª ed.



- RUBIDO DE LA TORRE JOSÉ LUIS, “Ley de Violencia de Género. Ajuste de constitucionalidad en materia penal”, Ed Tirant Lo Blanch, 2008, 1ª ed.
- SANZ MULAS NIEVES, “Violencia de Género y Pacto de Estado. La huida hacia adelante de una norma agotada”, Ed Tirant Lo Blanch, 2018, 1ª ed.
- VENTURA FRANCH ASUNCIÓN, “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica”, 2016.