

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2013/2014
Convocatoria: JUNIO

EL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

PENAL TREATMENT OF GENDER- BASED VIOLENCE

Realizado por el alumno: MARLENE VARGAS DELGADO

Tutorizado por la Profesora Dña. FÁTIMA FLORES MENDOZA

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal



ABSTRACT

Gender-based violence is violence that is directed against a woman for being a woman. It constitutes a breach of their human rights and fundamental freedoms, as life, liberty, security, dignity, equality between women and men, non-discrimination and physical and mental integrity.

Such violence is not new to the criminal law, and since 1850 it was a specific misdemeanors in the area of this kind of violence.

After analyzing this topic a doctrinal and jurisprudential division is detected as to the application of criminal types, but the debate isn't at present settled.

Also, the poor legislative technique has opened the way to numerous a lot of criticisms about it, especially as regards the scope of the types of violence.

My aim with this Project is to provide a comprehensive view of the criminal legal treatment of gender violence, to conclude that the reform operated by LOPIVG was unnecessary, in view of the existence of other legal mechanisms by which gets even more burdensome consequences for the aggressor

RESUMEN

La violencia de género es aquella que se dirige contra la mujer por su condición de tal. Constituye la vulneración de derechos humanos y libertades fundamentales, tales como la vida, la libertad, la seguridad, la dignidad, la igualdad, la no discriminación y la integridad física y mental.

Dicha violencia no es una novedad en la legislación penal, pues ya desde 1850 existía una falta específica de lesiones leves del hombre sobre la mujer.

Tras el análisis de esta materia se detecta una división doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la aplicación de los tipos delictivos, sin que el debate esté en la actualidad zanjado.

Asimismo, la mala técnica legislativa ha abierto el camino a numerosas críticas al respecto, sobre todo en lo relativo al alcance de los tipos de violencia de género.

Mi propósito con el presente Trabajo es el de proporcionar una visión completa del tratamiento jurídico-penal de la violencia de género, para llegar a la conclusión de que la reforma operada por la LOPIVG era innecesaria, a la vista de la existencia de otros mecanismos jurídicos mediante los cuales se llega, incluso, a consecuencias más gravosas para el agresor.

ÍNDICE

1. El objeto de estudio: los delitos de violencia de género	3
2. Evolución histórica del tratamiento jurídico-penal de la violencia sobre la mujer a manos de su pareja sentimental	4
2.1. Antes de la Constitución Española de 1978	5
2.1.1. Desprotección de la mujer	6
a) Uxoricidio	6
b) Violación	8
2.1.2. Protección de la mujer	8
a) El sexo femenino	8
b) Circunstancia de parentesco	10
Excurso: adulterio, bigamia y parricidio	11
2.2. Tras la Constitución Española de 1978	13
2.3. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género	17
3. Régimen jurídico penal de los delitos de violencia de género	19
3.1. Delimitación del objeto de estudio: elementos configuradores	19
3.1.1. Sujeto activo: hombre	20
3.1.2. Sujeto pasivo. Concepto amplio: mujer y transexual	20
3.1.3. Vínculo entre agresor y víctima	22
3.2. Fundamento de los delitos de violencia de género	25
3.3. Alcance de las conductas de violencia de género	27
3.3.1. Tipos básicos: lesiones graves, maltrato de obra, amenazas leves y coacciones leves	29
3.3.2. Tipos agravados: hechos perpetrados en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o de la víctima o quebrantando una medida de protección	30
3.3.3. Tipos privilegiados: la menor entidad de los hechos	32
3.4. Delimitación de conductas afines	34
3.4.1. Violencia sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor	34
3.4.2. Violencia doméstica	36
3.5. Responsabilidad penal de los delitos de violencia de género	37

3.5.1. Penas	37
3.5.2. Suspensión y sustitución de las penas	39
4. La posición del Tribunal Constitucional acerca de la violencia de género	41
5. Tratamiento jurisprudencial de la violencia de género	45
5.1. Posición favorable a la aplicación restrictiva de los tipos de lo injusto	45
5.2. Posición favorable a la aplicación automática de los tipos de lo injusto	47
6. Posición personal sobre la violencia de género	48
6.1. Acerca del verdadero alcance del machismo	48
6.2. Sobre la aplicación automática de los tipos de lo injusto	49
6.3. Alternativas a la regulación actual	51
7. Conclusiones finales	54
8. Bibliografía	55
9. Otros documentos jurídicos	59

1. El objeto de estudio: los delitos de violencia de género

En 1995 se celebró en Beijing (República Popular de China) la IV Conferencia de Mujeres, en la cual, además de consolidarse los contenidos de las anteriores conferencias, se propuso el cambio de la situación de las mujeres como un objetivo que afectaba (y afecta) al conjunto de la sociedad. La Conferencia aprobó por unanimidad lo que se ha convertido en el documento más importante y completo nacido de una conferencia de Naciones Unidas con relación a los derechos de las mujeres: la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing. Asimismo, esta Conferencia define la violencia de género como *«cualquiera acto de violencia basada en el género que tiene como resultado o es probable que tenga como resultado unos daños o sufrimientos físicos, psíquicos o psicológicos para las mujeres, incluyendo las amenazas de los referidos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto la pública como la privada»*.

Para atender a la realidad social constituida por esta forma de violencia, al tiempo que se pretende cumplir con las recomendaciones efectuadas por los organismos internacionales, se aprueba la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (en adelante, LOPIVG).

La realidad social por la que atraviesa el país desde hace años no es generadora, en absoluto, de comportamientos pacíficos de la población, en concreto, y a lo que a efectos del presente trabajo me interesa, en el ámbito familiar. Al contrario, principalmente por la difícil situación económica en la que se halla inmersa gran parte de la ciudadanía española, afloran en estos tiempos, en mayor medida, actitudes agresivas por quienes parten de una concepción de la mujer en virtud de la cual su posición es inferior a la del hombre.

Debido a lo anterior, me propongo analizar la protección penal conferida por una Ley que, aunque fue promulgada hace diez años, no ha perdido, por desgracia, su actualidad.

Con dicha finalidad he dotado al presente trabajo de una estructura tal que me permita reflejar, como primer aspecto, la evolución histórica de una realidad que siempre ha existido: la violencia machista del hombre sobre la mujer con la que

comparte o ha compartido un vínculo sentimental. A continuación, entrando ya en materia de Derecho positivo, analizaré la regulación actualmente vigente de la violencia de género, introducida en el Código Penal con ocasión de la LOPIVG. Seguidamente, estudiaré los motivos que llevaron a varios tribunales a plantear cuestiones de inconstitucionalidad contra las modificaciones efectuadas por la LOPIVG en el Código Penal. En la misma línea de análisis, me referiré al tratamiento jurisprudencial de la violencia de género, lo que me llevará, acto seguido, a exponer mi posición personal acerca de la misma. Finalmente, apuntaré las conclusiones finales del trabajo.

2. Evolución histórica del tratamiento jurídico-penal de la violencia sobre la mujer a manos de su pareja sentimental

En 1935 el autor BUGALLO SÁNCHEZ se pronunció en su monografía *Responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante* en los siguientes términos:

“El ser mujer el delincuente ya atenúa la responsabilidad, según la mayoría de los juristas, y buena prueba de ello es que, en casi todos los códigos, había y hay penas que sólo se aplican al hombre (...) el organismo de aquélla es más delicado, su psiquismo más débil, su emotividad más sutil, la sufestibilidad (sic.) extraordinaria y la sensibilidad exquisita: únase a estos atavismos ancestrales, su escaso juicio, por atrofia (pues no se le ha permitido ejercitarlo, en esa injusta esclavitud en que se la ha mantenido durante siglos, siendo la sierva a la que no se permitía ni razonar, ni instruirse, ni apenas aprender a mal leer y peor escribir, pues si alguna, más resuelta, conseguía, a pesar de todo, revelarse y adquirir una cultura, siquiera media, se la motejaba de bachillera y cultilatiniparda) y se comprenderá que en tales condiciones nada tiene de particular que sea víctima de un atraso mental del que se va redimiendo a medida que va conquistando su libertad”¹.

Estas palabras, a mi entender más propias de un texto literario que jurídico, reflejan excelentemente la mentalidad de los tiempos en los que el mero hecho de ser

¹ J. BUGALLO SÁNCHEZ, *Responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, pp. 91 y 92, (citado por M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 1ª edic., Reus, Madrid, 2006, pp. 24 y 25).

mujer la persona que cometiese un acto delictivo ya atenuaba su responsabilidad. Así, extrapolando lo anterior a la violencia ejercida sobre la mujer, se puede entender que el mayor desvalor de dicha conducta estaría, en cualquier caso, en la debilidad del sexo femenino.

El hecho de que lo que hoy consideramos como violencia de género ha existido siempre es una realidad innegable. Ahora bien, si en otros momentos históricos dicha violencia quedaba amparada por el *ius corrigendi* que podía ejercitar el marido sobre su mujer², al trascender estas conductas del ámbito privado y encontrarse con el constante progreso de la mujer en múltiples ámbitos, surge la conciencia social acerca del problema de la violencia machista³.

En las próximas páginas realizaré un recorrido por las distintas posiciones que ha venido ocupando la mujer víctima de violencia a lo largo de la historia española, distinguiendo entre los Códigos Penales anteriores y posteriores a la Constitución de 1978 y, a su vez, en función del mayor o menor grado de protección conferido a aquélla, finalizando con el estudio del fundamento genérico de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.

2.1. Antes de la Constitución Española de 1978.

Entre los años 1822 y 1978 se observan dos formas distintas de afrontar el problema de la violencia del hombre sobre la mujer. Así, por un lado, el delito de uxoricidio posicionaba a esta última en una situación de desprotección, por cuanto la muerte de la misma a manos de su marido o padre tenía asociadas consecuencias jurídicas irrisorias, llegando en algunas épocas a prever el legislador como pena el mero destierro del culpable. En la misma línea, el delito de violación era otro de los que dejaban a la mujer en una posición de desprotección, en la medida en que era entendido como un atentado contra la honestidad y no contra la libertad sexual.

² Por la redacción de los arts. 57 y 58 del Código Civil hasta la Ley de 2 de mayo de 1975, que se basaba en el modelo de sociedad patriarcal, al utilizarse la violencia como un método para ejercitar una dominación constante sobre la mujer como símbolo de la superioridad del hombre.

³ M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2006, p. 23; J. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA y J.M. MOYA CASTILLA, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 1ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, p. 19.

Y, por otro lado, coincidiendo temporalmente con los delitos referidos, en los Códigos Penales del período comprendido entre 1822 y 1978 estaban presentes dos circunstancias aplicables a los supuestos que me ocupan y que conferían cierta protección a la mujer: la circunstancia agravante de sexo femenino y la circunstancia mixta de parentesco.

2.1.1. Desprotección de la mujer

a) Uxoricidio

En primer lugar, destaca, por su importancia, el delito de uxoricidio⁴. La conducta penada por este ilícito penal consistía en la muerte de la mujer sorprendida en acto de adulterio a manos de su marido o su padre, con penas diferentes en función del acto concreto que cometiese la mujer y del vínculo que la uniese a su agresor. Este delito se caracterizaba por convertir a la mujer en objeto material del mismo en la medida en que aquélla, con su comportamiento desviado de las pautas sociales consideradas apropiadas en el momento histórico de que se tratase, lesionaba el honor del hombre agresor⁵. Algún autor, en busca de la naturaleza jurídica de este privilegio, considera que había de tratarse de una excusa absolutoria, con las inmediatas consecuencias de atenuar o eximir de la pena, sin alterar la ilicitud del acto y la imputabilidad y culpabilidad del autor a efectos de la correspondiente responsabilidad civil⁶. Este delito estuvo presente en los Códigos Penales españoles desde 1822 hasta 1961, año en que desapareció definitivamente. No obstante, la formulación del delito de uxoricidio no fue igual en todos los años en que estuvo vigente.

En el Código Penal de 1822 se castigaba el homicidio voluntario del hombre sobre su hija, nieta, descendiente, hermana, nuera o hijastra, sorprendida en acto carnal, o en otro deshonesto y aproximado o preparatorio del primero, con un hombre, y el

⁴ Para la configuración del presente apartado he seguido, en buena medida, a M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., pp. 34 y ss.

⁵ M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 34.

⁶ A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, p. 392.

homicidio cometido sobre este último (arts. 619 y 620 CP 1822)⁷. La pena podía llegar hasta cinco años de reclusión y ocho de destierro, siendo esta última una pena corporal (art. 28 CP 1822) y consistiendo en la prohibición de que el reo accediese a determinado paraje⁸ (“*pueblo o distrito determinado*”⁹).

En los Códigos Penales de 1848, 1850 y 1870 se imponía la pena, únicamente, de destierro al padre o marido que matase o causase lesiones graves a su hija menor de veintitrés años (que viviese en la casa paterna) o esposa y/o al amante de ésta. Y en el supuesto de que las lesiones no fueran tan graves no se imponía pena alguna¹⁰.

El Código Penal de 1928 modifica la configuración del delito de uxoricidio eliminando las distinciones en la persona del sujeto activo, que podía ser tanto el marido como la esposa, sustituyendo la pena de destierro por la de prisión rebajada.

En el Código Penal de 1932, con la promulgación de la Constitución republicana, desaparece de entre los delitos contra la vida el uxoricidio. Por tanto, la muerte en las circunstancias tenidas en cuenta en los Códigos Penales anteriores para la configuración de aquel delito se sancionaba, en este momento histórico, como delito de parricidio con la circunstancia atenuante de estado pasional.

Pese al gran avance que supuso en esta materia la II República, el franquismo devolvió al ordenamiento jurídico, con el Código Penal de 1944, la figura del uxoricidio en sus más estrictos términos, es decir, los menos gravosos para el varón, imponiéndose la pena de destierro al marido o padre que sorprendiese en acto de adulterio a su mujer o

⁷ En concreto, la pena consistía, para el caso de hija, nieta o descendiente sorprendida en acto carnal, en arresto de seis meses a dos años y destierro de dos a seis años del lugar en que se ejecutase el delito y veinte leguas de contorno. Para el supuesto de otro acto deshonesto y aproximado o preparatorio del primero, la pena era de uno a cuatro años de reclusión, y de cuatro a ocho de destierro. Cuando la sorprendida era la hermana, la nuera o la hijastra, la pena a imponer era la de reclusión de dos a cinco años y destierro de cuatro a ocho años. Por su parte, la mujer que matase a su marido sorprendido en las mismas circunstancias era castigada con pena de muerte por comisión de un delito de homicidio voluntario con premeditación (art. 605 CP 1822).

⁸ J. GÓMEZ DE MAYA, *Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española*. Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2011, p. 658. En <http://hdl.handle.net/10803/38432> (último acceso: junio 2014).

⁹ Art. 73 CP 1822.

¹⁰ En cambio, la mujer que matase a su marido o su padre en circunstancias similares era imputada por un delito de parricidio.

hija menor de veintitrés años y matase o causase lesiones graves a la misma y/o a su amante.

En 1961, como ya apunté, desaparece definitivamente de entre los delitos contenidos en el Código Penal el de uxoricidio, aunque no por las razones que hoy en día llevarían a cualquier mentalidad a considerar desproporcionada la posibilidad que se concedía al marido a cambio de una consecuencia cercana a la impunidad. Al contrario, se entendía que era innecesario mantener esta figura delictiva en la medida en que su finalidad podía ser cubierta por la vía de la legítima defensa del honor malherido¹¹.

b) Violación

En segundo lugar, como otro de los delitos que reflejan la situación de desprotección en que se hallaba la mujer hasta hace no demasiados años, destaca el delito de violación¹². Hasta 1989 el mismo era entendido como coito vaginal violento en el que, para su aplicación, habían de concurrir las siguientes circunstancias: 1) el sujeto activo tenía que ser un hombre; 2) el sujeto pasivo debía ser una mujer; y 3) la realización del hecho típico del primero sobre la segunda tenía que incluir violencia o intimidación. Este delito se configuraba como un atentado contra la honestidad en lugar de contra la libertad sexual y, por ello, se cuestionaba que la mujer casada pudiese ser víctima del mismo cuando el sujeto activo fuera su marido, en tanto el matrimonio eliminaba el aspecto deshonesto del acto. Finalmente, la protección de la honestidad sexual no se concedía en los supuestos en que se considerase que había existido provocación por parte de la víctima.

2.1.2. Protección de la mujer

a) El sexo femenino

A pesar de que la Constitución de Cádiz de 1812 partía de la igualdad *sin distinción alguna y sin excepción o privilegio alguno respecto a personas o grupos*, el primer Código Penal, de 1822, introdujo en el ordenamiento jurídico español como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal aplicable en los delitos contra las

¹¹ M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 39; E. GIMBERNAT ORDEIG, «La mujer y el Código penal español», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 79.

¹² Para la configuración del presente apartado he seguido, en buena medida, a M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., pp. 29 y 30.

personas el sexo femenino¹³. La misma fue denominada por la doctrina «desprecio de sexo»¹⁴ y se encontraba ubicada entre las demás circunstancias que agravaban la pena atendiendo a la tierna edad, la dignidad, la debilidad, la indefensión, el desamparo y el conflicto con la persona ofendida (art. 106).

Por su parte, la jurisprudencia derivada de la aplicación de dicha circunstancia exigía que concurriesen los siguientes requisitos: 1) el sujeto activo había de ser un hombre; 2) el sujeto pasivo tenía que ser una mujer; y 3) el primero debía actuar con el elemento subjetivo de despreciar a la segunda¹⁵. Además, la previa provocación por parte de la víctima excluía la posibilidad de recurrir a la agravante, lo que dejaba en manos del Juez la valoración acerca de si el comportamiento de la mujer se ajustaba o no a los patrones vigentes en cada momento histórico. Finalmente, existiendo provocación, además de no aplicarse aquélla, se atenuaba la pena del varón o incluso se le eximía de la misma por la vía del denominado «crimen pasional», entendido por los psiquiatras como aquel que comete el amante movido por celos, pasión de dominio y control sobre su víctima¹⁶.

Para la doctrina el fundamento de esta agravación radicaba en razones de tipo físico, en consideraciones sociales y en aspectos relacionados con la dignidad familiar y social¹⁷. No obstante, pese a que la intención era la de proteger especialmente a la mujer (aspecto valorable en cualquier época pero especialmente en un momento histórico en el que el papel que ocupaba aquélla con respecto al hombre era de dependencia casi absoluta), el poder recurrir al crimen pasional para justificar la agresión del varón sobre su pareja sentimental dejaba un reducido margen de actuación a la protección pretendida.

¹³ Para la configuración del presente apartado he seguido, en buena medida, a M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., pp. 26 a 29.

¹⁴ M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 26.

¹⁵ Resalta M. ACALE SÁNCHEZ el paralelismo con los requisitos exigidos para los nuevos tipos penales por la LOPIVG, en M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 27.

¹⁶ L. ROJAS MARCOS, *Las semillas de la violencia*, Espasa, Madrid, 1996, p. 51.

¹⁷ J.J. ZAPATER FERRER, *La circunstancia de desprecio de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, 1980, pp. 18 y ss.

En 1848 se modifica la redacción originaria de la circunstancia analizada, quedando configurada en los siguientes términos: «*ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada cuando él no haya provocado el suceso*» (art. 10.20 CP 1848). Así, es posible observar que en este año se elimina la referencia al sexo femenino, quedando configurada la agravante en términos de igualdad. De esta forma se mantuvo hasta 1983, año en que se deroga. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE consideraron que las razones por las que se produjo la derogación de esta circunstancia fueron, por un lado, la igualdad entre hombres y mujeres declarada en la Constitución de 1978, al no poder mantenerse una circunstancia agravante cuyo fundamento radicaba en la inferioridad de la mujer con respecto al hombre; y, por otro, por la posibilidad de reconducir la intención perseguida con la misma a la circunstancia de abuso de superioridad¹⁸.

b) Circunstancia de parentesco

Con respecto a la circunstancia de parentesco, la misma se encuentra presente en el ordenamiento jurídico-penal español desde el Código de 1848 (art. 10). No obstante, en los primeros tiempos, esta circunstancia se hallaba configurada como una agravante, no siendo hasta el Código Penal de 1870 cuando pasa a considerarse como una circunstancia mixta que atenúa o agrava la pena en función del delito sobre el que opere (art. 10)¹⁹.

En cuanto al parentesco como agravante específica, ya en el Código Penal de 1822 se incluía la referencia, en los arts. 648 y 649, entre los delitos contra las personas y como un aspecto que agravaba la pena en el maltrato de obra, la circunstancia de que se efectuase el mismo contra su padre, madre u otro ascendiente en línea recta, hermano/a, padrastro, madrastra, suegro/a, tío/a, o amo con quien habitase. Por su parte, es en el Código Penal de 1850 en el que se incluye, entre los sujetos pasivos frente a los que se cometía el delito y que ocasionaban una agravación de la pena, al cónyuge (art.

¹⁸ G. QUINTERO OLIVARES y F. MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, p. 94.

¹⁹ M. BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en derecho penal*. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, 1972, p. 26. En <http://hdl.handle.net/10486/4408> (último acceso: junio 2014).

343)²⁰. Sorprende, tras el análisis de los primeros Códigos Penales de nuestro país, que ya en este último estuviera configurada como falta, en su art. 483, el maltrato por parte del marido hacia su mujer que no le causase las lesiones que eran constitutivas de otra falta (la del art. 484)²¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que las conductas que hoy constituyen violencia de género ya eran tenidas en cuenta en los primeros Códigos Penales españoles a efectos, incluso, de agravar la pena a los sujetos responsables de aquéllas. Por su parte, y desde entonces, la tendencia de los Códigos Penales posteriores fue conservadora de esta circunstancia, en ambas vertientes, genérica y específica.

Excurso: adulterio, bigamia y parricidio

A pesar de no poder ser considerados, siquiera, como los primeros signos históricos de lo que hoy en día hemos de entender por violencia de género, me parece interesante analizar ciertos delitos que se desarrollaban en el ámbito de la familia. Los mismos constituyen, junto a las figuras ya analizadas, evidencias de la posición de subordinación en que se hallaba la mujer en la sociedad hasta épocas recientes. Así, en aras de alcanzar una visión completa de la desigualdad jurídica existente entre hombres y mujeres, apuntaré brevemente las notas características de los delitos de adulterio, bigamia y parricidio.

En primer lugar, en relación al adulterio, lo interesante no es tanto analizar la conducta constitutiva de tal delito, en la medida en que apenas dista de la concepción actual de la misma, sino las consecuencias que llevaba aparejadas. Así, como quedó reflejado al hablar del uxoricidio, la conducta de la que partía este delito era, precisamente, un acto adúltero por parte de la mujer. Además, para el caso de que el marido no matase a su esposa sorprendida en adulterio estaba prevista para ella la

²⁰ Que remitía al art. 332 para la fijación de los posibles sujetos pasivos: «*padre, madre o hijo, sean legítimos, ilegítimos o adoptivos, o cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos, o su cónyuge*».

²¹ Esta última se configuraba como tal sin atender a la persona sobre quien recayera. Así:
Art. 483: «Serán castigados con las penas de tres a quince días de arresto y represión: 1º El marido que maltratase a su mujer, no causándola lesiones de las comprendidas en el número 4º del art. 484, y la mujer desobediente a su marido que le provocare o injuriare».
Art. 484: «Serán castigados con las penas de arresto de cinco a quince días y multa de cinco a quince duros: (...) 4º Los que causaren lesión que impida al ofendido trabajar de uno a cuatro días, o haga indispensable la asistencia del facultativo por el mismo tiempo».

pérdida de todos los derechos de la sociedad conyugal y su reclusión por el tiempo que estimase el marido, con el límite de diez años. Por su parte, el amante, cómplice en el adulterio, era recluso por idéntico término que la mujer y desterrado del pueblo en que ocurriese el acto deshonesto.

De este modo, no sólo se le concedía una especie de privilegio penológico al marido o padre que matase a su esposa o hija adúltera sino que, además, para el caso de que el primero optase por dejar a su mujer con vida, el Estado se encargaba de imponerle a ésta, en cualquier caso, la pena de reclusión. La paradoja se hallaba, a mi modo de entenderlo, en que al hombre que matase a quien había cometido un delito contra su honor (su esposa adúltera) se le imponía una pena cuya duración máxima estaba en cinco años de reclusión y ocho de destierro, mientras que la mujer que conservase la vida habiendo incurrido en un acto de adulterio podía llegar a cumplir, al criterio de su marido, hasta diez años de reclusión.

En los años comprendidos entre 1848 y 1870 el delito de adulterio sufre ciertas modificaciones. Así, se pasa a considerar coautores a la mujer casada y a su amante, quien antes tan sólo era cómplice, y la pena a imponerles cambia a la de prisión menor. En la misma línea evolutiva, en 1848, se incluye en el Código Penal un delito por el que se castigaba al marido que tuviera manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, aunque con pena inferior a la prevista para el adulterio cometido por la mujer, pese a que éste se consumaba con un solo acto y el amancebamiento masculino requería la repetición en el tiempo de los actos de contenido sexual.

El Código Penal de 1928 modifica este delito pasando a considerarse adúlteros tanto al marido como a la esposa. En el año 1932, desaparecen del Código Penal los delitos de amancebamiento y de adulterio debido a la igualdad de sexos proclamada por la Constitución republicana. Durante el franquismo, reaparecen con el Código de 1944 estos delitos, siendo definitivamente derogados en 1978.

En segundo lugar, en cuanto al delito de bigamia, el mismo se introduce en el Código Penal de 1822 sin hacer distinciones por razón de sexo en la persona del sujeto activo (pudiendo incurrir en el mismo, por ello, tanto el hombre como la mujer). No obstante, es fácil observar que el tipo de lo injusto era más amplio para la mujer en la

medida en que hasta 1944 una viuda incurría en un ilícito penal en caso de contraer nuevo matrimonio antes de pasados 301 días a partir de la muerte de su marido, o antes de dar a luz si hubiese quedado embarazada. En 1928 se extiende la responsabilidad criminal por el hecho anterior al varón con quien se hubiera casado la viuda, aunque sólo en el caso de que éste tuviera conocimiento de la realidad.

En tercer lugar, conforme a la referencia efectuada al analizar el delito de uxoricidio, durante la vigencia de los Códigos Penales de 1848 (art. 323²²) y 1870 (art. 417²³) y desde la aprobación del Código Penal franquista en 1944 (art. 411 CP²⁴) hasta 1961, la mujer que matase a su marido o padre sorprendido en cualesquiera circunstancias cometía un delito de parricidio. Entre tanto, durante la II República, como ya apunté, al desaparecer el delito de uxoricidio, la muerte del cónyuge (hombre o mujer) se castigaba como parricidio con reclusión mayor por tiempo de veinte años y un día a treinta años (art. 411 CP).

2.2. Tras la Constitución Española de 1978

Llegados a este punto, habiendo efectuado un recorrido por algunas de las figuras delictivas que incidían sobre la mujer, por su condición de tal, en los años comprendidos entre 1822 y la aprobación de la Constitución Española de 1978, conviene que me refiera ahora a la igualdad impuesta por este texto constitucional a partir de su promulgación.

Así, los tiempos en que la configuración de la circunstancia agravante de desprecio de sexo y de los delitos de bigamia, uxoricidio, adulterio y amancebamiento estaba planteada como una forma para establecer distinciones en razón de quién ocupase la posición activa en el delito de que se tratase, evolucionan en un período de progreso, de avance hacia la igualdad efectiva del hombre y de la mujer.

²² Siendo la pena de muerte en caso de que concurriese la circunstancia de premeditación conocida o la de ensañamiento y de cadena perpetua a muerte en caso de que no concurriese ninguna de las anteriores.

²³ Siendo la pena, con independencia de las circunstancias que concurriesen, de cadena perpetua a muerte.

²⁴ La pena que se preveía para este delito era de reclusión mayor, que podía imponerse por tiempo de veinte años y un día a treinta años (art. 82 CP).

No obstante, tras la perspectiva igualitaria introducida por la Constitución de 1978 se observa que las modificaciones efectuadas en el ámbito penal para alcanzar aquella no habían logrado erradicar, en absoluto, la desigualdad existente entre hombres y mujeres.

Debido a ello, el problema se afronta desde la necesidad de conceder una protección privilegiada a determinadas víctimas con ocasión de las cifras tan elevadas de casos de violencia en el ámbito familiar que se revelaban prácticamente a diario. A continuación, procederé a realizar una síntesis de las sucesivas reformas legislativas llevadas a cabo con el propósito apuntado.

Fue en 1989 cuando la violencia en la pareja adquirió una dimensión pública con la incorporación al Código Penal de 1973 de un delito específico de violencia en el seno familiar (la violencia doméstica habitual), ubicado en su art. 425, dentro del capítulo de las lesiones, con el que se sancionaban el ejercicio reiterado de malos tratos en ese ámbito, es decir, de actos de violencia física leves. Esta reforma se justificó en su momento en la necesidad de proteger a “los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”.

El Código Penal de 1995 mantuvo esta figura delictiva en el art. 153²⁵, si bien amplió el grupo de posibles víctimas a los ascendientes y a los hijos propios o del cónyuge o conviviente que no estaban sometidos a la patria potestad, siempre que existiera efectiva convivencia. Asimismo, se aumenta la pena prevista en la regulación anterior pasando de un mes y un día a seis meses de privación de libertad a la de prisión de seis meses a tres años.

Pocos años después de la entrada en vigor del nuevo Código Penal se modificó el art. 153 a través de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, la cual supuso la primera

²⁵ Art. 153: «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».

reforma sustancial en materia de delitos de violencia intrafamiliar²⁶. Esta Ley tuvo su fundamento en la insuficiencia de la respuesta penal al problema de la violencia doméstica dada por la regulación hasta entonces vigente. Las novedades introducidas en este año en el art. 153 CP fueron²⁷: 1) la extensión de la situación de convivencia derivada del matrimonio o de análoga relación de afectividad a aquellos supuestos en los que ya había desaparecido el vínculo matrimonial o la situación de convivencia descrita por el tipo en el momento de producirse la lesión; 2) la inclusión de la violencia psíquica como conducta típica junto a la ya tradicional violencia física; 3) la introducción de los elementos orientadores para la determinación de la habitualidad de la conducta: número de actos de violencia física o psíquica, proximidad temporal y su enjuiciamiento en procesos anteriores; 4) la aparición como pena accesoria, que puede ser impuesta al autor de estas infracciones, de la figura doctrinal del alejamiento de la víctima y de aquellos familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal o de comunicarse con ellos; y 5) en lo relativo a las faltas, la LO 14/1999 supone que la imposición de la pena de arresto de fin de semana o de multa se impondría valorando la posible repercusión económica que aquélla pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar.

Al igual que la redacción originaria del Código Penal de 1995, las modificaciones introducidas por la LO 14/1999 se mostraron muy pronto como insuficientes para combatir el problema de la violencia familiar. El resultado de las críticas vertidas sobre dicha regulación fue una nueva reforma introducida por 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, la cual supuso un

²⁶ E. ÍÑIGO CORROZA, «Aspectos penales de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre», en J. MUERZA ESPARZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de género. Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 18.

²⁷ Art. 153: «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».

cambio en el propio concepto de violencia doméstica. Así, el delito de malos tratos habituales sale del capítulo de las lesiones y pasa a ubicarse entre los delitos contra la integridad moral, en concreto sale del art. 153 y pasa a regularse en el art. 173.2 CP. Este cambio obedeció, entre otras razones, a la opinión de la Fiscalía General del Estado, que había venido entendiendo que el bien jurídico protegido por este delito no era la integridad física, sino la integridad moral, y que, por ello, se hacía necesario un cambio sistemático del mismo para encuadrarlo entre los delitos que atendían a dicha protección²⁸. Otra de las importantes reformas operadas por la LO 11/2003 consistió en la ampliación de los potenciales sujetos pasivos de dicho delito. De un lado, esta regulación dio cabida a las relaciones de noviazgo actuales o pasadas y, de otro, se amplía el tipo penal para incluir situaciones de dependencia o subordinación con respecto al agresor, sin exigir en estos casos la existencia de un vínculo familiar o de afectividad entre los sujetos activo y pasivo del delito.

Por su parte, el reformado art. 153²⁹ pasó a incorporar las conductas anteriormente tipificadas como faltas en los arts. 617 y 620.1 CP, siendo constitutivas de delitos cuando se cometieran contra los sujetos pasivos del delito de violencia doméstica habitual del art. 173.2 CP.

Del mismo modo, el legislador introdujo subtipos agravados para ambos tipos delictivos con motivo de la comisión de los hechos en presencia de menores, utilizando armas, cuando el hecho tenga lugar en el domicilio común o en el de la víctima, o cuando se realicen quebrantando las penas de alejamiento o de comunicación con la víctima o de las medidas cautelares de la misma naturaleza. Estas circunstancias serán

²⁸ Apartado III. A de la Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

²⁹ Art. 153: «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 las 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».

analizadas posteriormente, con ocasión del estudio del alcance de la violencia de género en el Código Penal³⁰.

Finalmente, en materia de penas también se introdujeron algunas modificaciones con respecto a la regulación anterior. Así, se impone en todo caso la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se permite al Juez que acuerde la inhabilitación del condenado para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

2.3. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género

Una vez expuesta la situación de la mujer en las primeras normas penales de nuestro país y la evolución legislativa del delito de violencia en el ámbito familiar, es momento de adentrarme en lo que constituye el objeto central del presente trabajo, es decir, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Como primera aproximación, analizaré en este epígrafe la finalidad perseguida por la LOPIVG. Así, del estudio de su Exposición de Motivos se puede deducir que el propósito de la misma es el de hacer frente a un problema que sobrepasa la esfera de lo privado, manifestándose la violencia regulada por esta Ley como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad y que se ejerce sobre las mujeres por su sola condición de tal. Se trata, en definitiva, de una violencia del varón frente a la mujer que refleja la superioridad física del primero y la consideración por éste de que aquélla carece de los derechos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Debido a lo anterior, esto es, a la posición de inferioridad en la que los hombres han situado históricamente a las mujeres, y en concordancia con el principio de igualdad ante la Ley proclamado por la Constitución Española, el Estado ha tenido que intervenir de cara a alcanzar la igualdad real del conjunto de la población. En este sentido, según la propia LOPIVG, la violencia que viene a regular la misma constituye un ataque

³⁰ Ver apartado 3.3.2.

directo a los derechos fundamentales a la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación.

En su art. 1 señala que su objeto es “actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares a la afectividad, aun sin convivencia”.

Como aspectos relacionados con la finalidad de la Ley destacan los siguientes: 1) se trata de una ley “de género” pero, en realidad, no protege a la mujer frente a cualquier agresión, sino sólo respecto de aquellas que se den en el contexto de una relación de pareja por entender que es en ésta en donde se encuentra la situación de dominación que pretende atajarse, decisión que, a mi entender, no ha sido del todo afortunada³¹; 2) visto ya que sólo se protege, dentro del colectivo de las mujeres, a quienes sean agredidas por sus parejas o ex parejas, se incluye un segundo grupo de personas protegidas, las especialmente vulnerables que convivan con el autor³²; 3) como una de las cuestiones más controvertidas destaca, a mi entender, la relativa a si *la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres* están implícitas en la violencia que el hombre ejerce sobre la mujer que es o ha sido su pareja sentimental o si, por el contrario, aquéllas son circunstancias cuya concurrencia habrá que comprobar en cada caso en particular³³.

La supresión del específico elemento subjetivo contenido en el Anteproyecto de la Ley (relativo a la utilización de la violencia por parte del agresor con determinados fines), por entender que se trataba de un aspecto de difícil prueba³⁴, parece haber

³¹ Así, me planteo las agresiones igualmente machistas que pueden darse sobre la mujer en otras relaciones familiares, como por ejemplo, a manos de su padre o hermano, o en otros ámbitos, como el laboral. Me referiré a esta cuestión con mayor detenimiento en el apartado 6.1.

³² Analizaré este grupo de posibles sujetos pasivos en el apartado 3.4.1.

³³ En el primer sentido se posiciona la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

³⁴ En este sentido, el Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, p. 29.

operado a favor de la consideración de que aquellas circunstancias a las que se refiere el art. 1 LOPIVG subyacen en los actos propios de violencia de género sin necesidad de detenerse en elementos subjetivos o intencionales del autor. Volveré sobre este aspecto al analizar el tratamiento jurisprudencial de la violencia de género³⁵.

3. Régimen jurídico penal de los delitos de violencia de género

3.1. Delimitación del objeto de estudio: elementos configuradores

Debido al gran número de casos de violencia de género que se han dado, y desgraciadamente siguen dándose en la actualidad, y que no pueden pretender ser justificados en mentalidades de otros tiempos, nuestra legislación penal y procesal penal ha adoptado una tendencia político-criminal favorecedora de la expansión e intensificación de la intervención penal en el campo que constituye el objeto de estudio del presente trabajo³⁶.

Siguiendo la definición dada por la propia LOPIVG, la violencia de género 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 (art. 1.3). Pese a lo anterior, este tipo de violencia fue finalmente incorporada al Código Penal en las conductas constitutivas de lesiones graves, maltrato de obra y amenazas y coacciones leves.

Mi intención es exponer en las siguientes páginas los elementos que configuran los distintos tipos delictivos que conforman la violencia de género. Las cuestiones que voy a tratar en lo sucesivo son las relativas a: 1) quiénes pueden ser sujetos activos de estos delitos; 2) cuáles son los posibles sujetos pasivos de los mismos; y 3) la relación que ha de mediar entre el sujeto activo y el sujeto pasivo.

³⁵ Ver apartado 5.

³⁶ Se refieren a esta doble manifestación (expansión – intensificación) J.M. SILVA SÁNCHEZ, D. FELIP I SABORIT, R. ROBLES PLANAS, N. PASTOR MUÑOZ, «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura», *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, AGRA/DOMÍNGUEZ/GARCÍA/HEBBERECHT/RECASENS (eds.), Atelier, Barcelona, 2003, pp. 113 y ss.

3.1.1. Sujeto activo: hombre

El sujeto activo de todos los delitos denominados “de violencia de género” ha de ser, necesariamente, un hombre. Esto es así porque, aunque el tenor literal de los preceptos afectados por la LOPIVG no lo refleje directamente, al atender a la definición de violencia de género contenida en su art. 1 es posible observar que dicha violencia se refiere a «*la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, que se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia*». Así, entiende la doctrina que conforme al espíritu de la Ley no cabe otra interpretación posible respecto a quién puede ocupar la posición de sujeto activo en estos delitos³⁷.

Cualquier otra interpretación, en particular, la relativa a la posibilidad de ubicar en la posición activa de estos delitos a una mujer, carecería de lógica alguna por cuanto supondría introducir distinciones injustificadas en materia de parejas homosexuales, toda vez que no existe duda al respecto de que el sujeto pasivo ha de ser, en todo caso, una mujer. Siguiendo esta paradójica interpretación podría darse la injusta situación de aplicar los tipos de violencia de género a las parejas homosexuales compuestas por mujeres y no así a las parejas homosexuales formadas por hombres.

3.1.2. Sujeto pasivo. Concepto amplio: mujer y transexual

En cuanto a los sujetos pasivos, como ya he adelantado, los delitos de violencia de género exigen, *per se*, la existencia de una mujer en su posición pasiva. Ahora bien, el legislador, por razones que analizaré en su momento como conducta afín³⁸, ha introducido un segundo grupo de víctimas que, al entender de la doctrina y del mío propio, nada tienen que ver con la concepción de la violencia de género. Se trata de las denominadas “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor”.

³⁷ En este sentido, M.A. BOLDOVA PASAMAR y M.A. RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político criminales en torno a los delitos de violencia de género», en los mismos (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Madrid, 2006, p. 22.; M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 123; C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP», en J.C. CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 16.

³⁸ Ver en el apartado 3.4.1.

En el concepto “mujer” ha de entenderse incluida la mujer transexual. Así, la Fiscalía General del Estado entiende que, aunque las parejas homosexuales no queden protegidas por la LOPIVG, a las parejas de distinto sexo formadas por transexuales reconocidos legalmente, si el agresor es el varón y la víctima la mujer, sí sería de aplicación la especial protección concedida por aquélla³⁹. A este respecto, entiendo que, en la medida en que la transexualidad supone que el sujeto no se reconoce en el género que ostenta biológicamente, no cabe otra interpretación más que la realizada, ya que la discriminación por razón de sexo derivaría, de no ser así, en discriminación por identidad de sexo. Siguiendo con la interpretación contraria a la efectuada por la Fiscalía General del Estado, aquellos hombres que se sienten mujeres, incluso en los casos en que se hubieran sometido a cirugía médica para el cambio de sexo, quedarían desprotegidos a pesar de haber nacido con un sexo biológico con el que no se identifican. Por lo irrazonable que sería lo anterior, considero que el Derecho Penal no puede entrar a realizar distinciones de tal significación, de la misma forma en que tampoco puede caer en la inconstitucionalidad por una opción injustificada.

De todo lo que antecede se deriva el hecho de que la LOPIVG concede una especial protección a la mujer víctima de un determinado tipo de violencia, que es la que se ejerce *como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*. Debido a ello, las modificaciones que introduce en el Código Penal evidencian, inequívocamente, la necesidad de que se manifiesten tres aspectos para poder entrar a valorar la existencia de violencia de género: 1) la condición de mujer de la víctima; 2) la condición de hombre del sujeto activo; y 3) la existencia de una relación conyugal o de análoga afectividad entre ellos, pasada o presente, aun sin convivencia.

En virtud de lo anterior, las parejas homosexuales no quedarían protegidas por los delitos relativos a la violencia de género en la medida en que, o bien no existirá una mujer en la persona del sujeto pasivo (relación hombre-hombre), o bien no se

³⁹ Apartado III.-A de la Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En este sentido: Auto del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia de 21 abril 2006 y Auto de la AP Vizcaya (Sección 1ª) núm. 199/2010 de 8 marzo, entre otros.

posicionará un hombre en el lugar del sujeto activo (relación mujer-mujer)⁴⁰. Sin entrar a valorar la procedencia de contar, en nuestros días, con una regulación que proteja una determinada realidad que puede darse en las parejas heterosexuales sin la existencia de un correlativo para las homosexuales, resulta cuanto menos llamativo que, correspondiendo la etapa de la tramitación parlamentaria de la LOPIVG con la de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, no llegase a plantearse la cuestión⁴¹.

Con la regulación actual, la protección con la que cuentan las parejas homosexuales, al igual que los hombres cuando sean estos las víctimas de la agresión en la pareja heterosexual, no sería nunca la conferida por los tipos de violencia de género⁴².

3.1.3. Vínculo entre agresor y víctima

Conviene, llegados a este punto, entrar a analizar qué clase de vínculo ha de unir al agresor y la víctima en los delitos de violencia de género. Partiendo de la contemplación que realiza la LOPIVG del sujeto pasivo (con las modificaciones introducidas en el Código Penal), al referirse a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, se deduce que dicho vínculo puede ser matrimonial o análogo.

Así, sujeto activo y sujeto pasivo pueden estar unidos por matrimonio (“*cuando la ofendida sea o haya sido esposa*”). El tipo hace presuponer la preexistencia de un vínculo matrimonial, siendo irrelevante el hecho de que aquél se mantenga en el momento de la comisión del delito a efectos de castigar por violencia de género al autor

⁴⁰ En este sentido opera la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ver por todas, Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 8ª) núm. 414/2011 de 1 junio, FJ 3º.

⁴¹ En el mismo sentido, C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP», cit., p. 17.

⁴² A salvo de la posibilidad de que queden incluidos en ellos por la vía de lo que considero un tipo autónomo, siempre que se pruebe su especial vulnerabilidad y convivan con el autor. En este sentido, Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 20ª) núm. 246/2007 de 28 febrero: “(...) *una agresión de un miembro de la pareja al otro (con el que se mantiene la relación afectiva análoga a la matrimonial), debe incardinarse en el art. 153.2º CP, los supuestos de violencia doméstica, es decir, de mujer a hombre, hombre a hombre, o mujer a mujer, además de a cualquier miembro de la unidad familiar de los previstos en el art. 173.2 CP, reservándose para el art. 153.1º CP los supuestos de violencia de género, es decir de hombre a mujer*”.

del mismo⁴³, debiendo, cuando no sea así, no obstante, estar los hechos encuadrados en el contexto de la relación pasada⁴⁴.

Por cuanto a la análoga relación de afectividad se refiere, hay que tener en cuenta la amplitud interpretativa que confiere el tenor literal de los preceptos relativos a la violencia de género. Antes de la reforma, la doctrina entendía que la pareja debía compartir con el matrimonio no sólo la afectividad con contenido sexual propia de éste, sino, como otro de los elementos de la institución matrimonial, un cierto compromiso o vocación de permanencia en el tiempo.

Bajo esta interpretación no tenían cabida en la expresión “análoga relación de afectividad” las parejas de hecho, las relaciones esporádicas y las de corta duración⁴⁵.

Con la redacción actual, al ni siquiera exigirse la convivencia, el margen de interpretación es mucho más amplio. Así, la doctrina de las Audiencias Provinciales⁴⁶ había venido entendiendo que la relación de noviazgo quedaba incluida dentro de la análoga relación de afectividad con independencia de que existiera o no entre los novios el propósito de compartir sus vidas en el futuro. Posteriormente, en el año 2009, el Tribunal Supremo vino a pronunciarse al respecto entendiendo que lo decisivo para que la analogía al matrimonio opere es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro (Sentencia del TS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 510/2009, de 12 de mayo, FJ 1º III). De esta forma, sólo quedan excluidas de los tipos penales relativos a la violencia de género las relaciones sexuales esporádicas sin más implicaciones afectivas (Sentencia de la AP de Guipúzcoa, Sección 1ª, núm. 15/2009, de 23 de enero, FJ 3º II).

⁴³ Ver por todas, Sentencia de la AP de Burgos, Sección 1ª, núm. 444/2012, de 2 octubre, FJ 3º.

⁴⁴ No obstante esta interpretación, conforme al criterio del Fiscal de la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Don Jonay Socas Pérez, manifestado en una entrevista que mantuve con él con ocasión del presente trabajo, se puede recurrir a este tipo penal aun cuando la agresión no traiga causa de la relación pasada, debiendo, eso sí, valorarse una cierta permanencia del vínculo.

⁴⁵ J. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA y J.M. MOYA CASTILLA, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, cit., p. 91.

⁴⁶ Entre otras, Sentencias de la AP de Barcelona, Sección 8ª, núm. 1112/05, de 28 de octubre; de la AP de Barcelona, Sección 5ª, núm. 919/05, de 29 de noviembre; de la AP de Asturias, Sección 3ª, núm. 8/06, de 23 de enero; de la AP de Córdoba, Sección 1ª, núm. 69/06, de 9 de febrero; de la AP de Albacete, Sección 2ª, núm. 60/06, de 30 de octubre; de la AP de Castellón, Sección 2ª, de 8 de marzo de 2007; y de la AP de Granada, Sección 2ª, de 9 de marzo de 2007.

Por tanto, conforme a los criterios sentados por la doctrina científica y jurisprudencial, las parejas de hecho, al igual que las relaciones de noviazgo, entran dentro del concepto de “análoga relación de afectividad” toda vez que la LOPIVG no ha venido sino a seguir el camino marcado por su antecesora, la LO 11/2003, que incluyó en su momento entre los sujetos protegidos por el delito de malos tratos en el ámbito familiar también a los novios⁴⁷.

A este respecto, basta con apreciar la existencia de una relación que trasciende los lazos de la amistad, de la confianza y del afecto, que presente un vínculo de complicidad medianamente estable con vocación de permanencia en el tiempo para poder hablar de análoga relación de afectividad. Así, no entra dentro de aquélla cualquier tipo de pareja de hecho o de relación de noviazgo, sino exclusivamente las que presenten un componente de compromiso relevante a la hora de entender que la violencia de género se ha producido en su seno y como consecuencia del vínculo afectivo que les une (Sentencia de la AP de Burgos, Sección 1ª, núm. 444/2012, de 2 de octubre, FJ 3º)⁴⁸.

Por todo lo anterior, es fácil apreciar la circunstancia de que, pese a que la analogía se efectúa con respecto al matrimonio, el legislador ha prescindido en la formulación de los tipos de violencia de género de elementos que son característicos de la relación conyugal y de las relaciones more uxorio, los cuales son la convivencia (“*aun sin convivencia*”) y la estabilidad (al haberse suprimido la mención que anteriormente se hacía en el precepto –con la redacción dada por la LO 14/1999– referida al vínculo o relación “*de forma estable*”) (Sentencia de la AP de Castellón, Sección 2ª, núm. 212/2010, de 24 de mayo)⁴⁹. Este aspecto me parece de lo más acertado por cuanto la realidad que pretende combatir la LOPIVG va mucho más allá de

⁴⁷ M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 143.

⁴⁸ D. FELIP I SABORIT, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, J.M SILVA SÁNCHEZ (dir.), Atelier, Barcelona, 2011, p. 81.

⁴⁹ En la misma Sentencia, FJ 3º: «*es razonable partir del entendimiento de que no toda relación afectiva o sentimental puede ser calificada como análoga a la conyugal, o como propia de la relación more uxorio; y que, en principio, debiera exigirse una intensidad, estabilidad, seriedad y grado de compromiso tales como los que se suponen a la relación conyugal. Sin embargo, los límites quedan muy difuminados y confusos cuando se suprime la exigencia del carácter estable; ya que la nota de estabilidad presupone, o es denotativa o corroboradora a su vez, de las notas de seriedad y un cierto grado de compromiso*».

las relaciones matrimoniales, estables y duraderas. Es decir, en los tiempos que corren, la sociedad tiene una concepción de las relaciones afectivas muy distinta de la de épocas pasadas. Así, entiendo que resultaría totalmente discriminatorio promulgar una Ley de protección integral de la mujer víctima de violencia a manos de su pareja o ex pareja dejando fuera a las uniones no matrimoniales.

Por tanto, teniendo en cuenta lo antedicho, será el Juez el que analizará el caso concreto para averiguar cuál es el grado de la relación y si a la misma puede ser aplicada la analogía que incluyen los tipos de violencia de género⁵⁰.

En lo relativo a los actos cometidos tras la ruptura del vínculo que une a agresor y víctima, reitero lo ya apuntado con respecto al matrimonio, por cuanto el legislador ha venido a entender, en general, que aunque la relación ya no exista el sujeto activo se sigue guiando en su conducta por la dominación sobre quien fue su pareja sentimental. Ahora bien, el hecho anterior puede llevar a pensar que las relaciones pasadas vinculan eternamente a efectos de poder aplicar los tipos de violencia de género. No obstante, entiendo que sólo habrá de ser considerada relevante la relación pasada y, por tanto, aplicar los tipos referidos cuando el agresor esté motivado en su comportamiento por dicha unión, y no en aquellos otros supuestos en los que la existencia de un vínculo extinguido con la víctima en nada afecta a la conducta del sujeto activo.

3.2. Fundamento de los delitos de violencia de género

Mi objetivo en este epígrafe es el de analizar el fundamento de los delitos de violencia de género, toda vez que, teniendo en cuenta los precedentes legislativos, no es posible afirmar que los mismos respondan a una ausencia o escasez de medidas en la materia que me ocupa⁵¹. Al contrario, es importante tener presente que la intervención penal en violencia de género ha partido de la regulación contenida en el Código Penal sobre violencia doméstica (art. 173.2) y malos tratos singulares⁵² (art. 153) para, con la introducción de ciertos efectos jurídicos relacionados con su configuración, llegar a la denominación de “violencia de género”.

⁵⁰ Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, núm. 92/2011, de 10 marzo, FJ 1º.

⁵¹ E. ÍÑIGO CORROZA, «Aspectos penales de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre», cit., p. 22.

⁵² Esta referencia a su carácter “singular” permite distinguirlos de los malos tratos habituales (art. 173.2 CP).

El fundamento específico que ha llevado al legislador a conceder una mayor protección a la mujer víctima de violencia de género y a efectuar un mayor reproche penal al autor de ese tipo de delitos es el abuso de poder⁵³ que ejerce el hombre en la relación de pareja con su mujer y que se considera inserto en esta clase de violencia. Estos comportamientos discriminatorios hacia la mujer presentan un mayor desvalor del injusto respecto a hechos que comparados objetivamente puedan ser idénticos⁵⁴.

Así, con el análisis de la doctrina se observan hasta tres posiciones distintas en cuanto al fundamento de estos tipos penales. La primera, ya apuntada, sería la de quienes consideran que el fundamento de los tipos de violencia de género se halla en la subordinación y dependencia de las mujeres, como colectivo, con respecto a los hombres⁵⁵, o bien en el aprovechamiento por parte del agresor de la superioridad conferida por la relación que comparte o ha compartido con la víctima, la cual coloca a esta última en una situación de inferioridad con respecto a aquél⁵⁶. Se trataría, en definitiva, de un mayor desvalor de lo injusto.

Otro sector de la doctrina, que aporta la segunda posición al respecto, considera que no puede alcanzarse un fundamento sólido que sostenga la introducción de los tipos penales que constituyen la violencia de género⁵⁷.

Finalmente, la tercera posición doctrinal la constituiría la de aquellos que entienden que la posición dominante del hombre sobre la mujer como único fundamento no sería suficiente, por cuanto el mismo es común al del resto de figuras delictivas en las que se relacionan como víctimas los sujetos del art. 173.2 CP. Y es que, además de la mayor gravedad de lo injusto, se observa que los comportamientos en que consiste la

⁵³ En este sentido, ver Sentencia del TS núm. 58/2008, de 25 de enero, FJ 4º y Sentencia de la AP de Las Palmas núm. 76/2007, de 9 de febrero, FJ 3º.

⁵⁴ Ver por todas, Sentencia de la AP de Murcia, Sección 3ª, núm. 125/2011, de 17 junio, FJ 3º en relación a las Sentencias del TC núm. 45/2009, de 19 de febrero y núm. 95/2008, de 24 de julio.

⁵⁵ P. LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-08 (2005), p. 18.

⁵⁶ P. FARALDO CABANA, «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Revista Penal*, 2006/17, p. 90.

⁵⁷ M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 162.

violencia de género presentan un mayor desvalor de la culpabilidad, al constituirse la discriminación por razón del sexo femenino como el motivo que impulsa al autor a cometer el delito, siendo éste un elemento subjetivo de la culpabilidad⁵⁸.

A este respecto, algunos autores entienden que la violencia de género es una especialidad respecto de la violencia doméstica, afectiva o similar⁵⁹, mientras que otros consideran que se trata de fenómenos diferentes, con causas distintas y que requieren respuestas penales autónomas⁶⁰.

Es la realidad descrita, en definitiva, la que justifica que, con mayor o menor acierto, exista una diferencia punitiva en los delitos de violencia de género respecto a otras conductas que no presentan tal desvalor de lo injusto y de la culpabilidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, como tendré ocasión de exponer con mayor detenimiento posteriormente, ha resuelto las múltiples cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente a la norma apuntando, entre otras razones, que la distinción en la penalidad se fundamenta en el mayor desvalor y reproche que merecen las agresiones constitutivas de violencia de género en comparación con otras, ya que aquéllas no son más que evidencias de la posición de subordinación que ocupa en una relación de pareja la mujer frente al hombre. De este modo, el alto Tribunal entiende que se trata de agresiones más graves y más reprochables socialmente debido, precisamente, al contexto relacional en que se producen⁶¹.

3.3. Alcance de las conductas de violencia de género

Llegados a este punto, tras haber estudiado los elementos configuradores y el fundamento de los tipos de violencia de género, procede ahora analizar el alcance de los mismos.

⁵⁸ M.A. BOLDOVA PASAMAR y M.A. RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político criminales en torno a los delitos de violencia de género», cit., p. 29.

⁵⁹ M.A. BOLDOVA PASAMAR y M.A. RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político criminales en torno a los delitos de violencia de género», cit., p. 29; E. ÍÑIGO CORROZA, «Aspectos penales de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre», cit., pp. 15 y 16.

⁶⁰ Entre otros, P. LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal», cit., pp. 4, 5 y 6.

⁶¹ Sentencia del TC núm. 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7º.

A este respecto, es importante tener presente que la intervención penal en materia de violencia de género no ha ocasionado la aparición de nuevas figuras delictivas ni, por tanto, una expansión del Derecho Penal (al menos no cuantitativamente), sino que ha partido de los delitos relativos a la violencia en general y los ha dotado, en determinadas circunstancias, de la calificación de violencia de género y de los efectos jurídicos asociados a la misma.

Además de no ser innovadora en cuanto a la introducción de nuevos delitos, la LOPIVG no afecta a infracciones penales muy frecuentes en la esfera de la violencia de género, como pueden ser el homicidio, los delitos contra la libertad sexual o las lesiones graves de los arts. 149 y 150 CP. Al contrario, el legislador parece haberse quedado en un estadio inferior en la medida en que ha configurado toda una amalgama de medidas protectoras multidisciplinarias y, en el ámbito penal, se ha centrado en ilícitos (lesiones graves, malos tratos singulares, amenazas, coacciones y vejaciones leves) que en otras circunstancias, fuera de las que rodean a la violencia de género (necesaria para poder apreciar la violencia doméstica), constituirían, en la mayoría de los casos, meras faltas⁶².

Por su parte, la doctrina ha destacado la falta de sistematicidad del legislador a la hora de determinar las conductas violentas, al no recogerse otras más graves entre los delitos que constituyen la violencia de género. Entre la doctrina, ÍÑIGO CORROZA considera que se ha optado por atender a las agresiones más habituales⁶³; GONZÁLEZ RUS entiende que no queda claro el motivo por el cual no se ha atendido a los delitos contra la libertad sexual en la configuración de la violencia de género⁶⁴; y ACALE SÁNCHEZ opina que el hecho anterior se debe a que las últimas reformas en los delitos

⁶² Esto es así en todos los delitos denominados de violencia de género, salvo el previsto en el art. 148 CP (que de no aplicarse permite acudir al art. 147 CP). Por su parte, los malos tratos singulares y las lesiones leves del art. 153.1 CP deberían seguir siendo considerados delitos, aun no concurriendo las notas que acompañan a la violencia de género (por el apartado 2º). No obstante, la mala praxis legislativa impide, por la redacción del precepto, pasar del apartado 1 al 2 del art. 153 CP cuando el sujeto pasivo sobre el que recaiga forme parte de los enumerados en el 1º. No obstante, conforme a lo anterior, nada impediría aplicar el apartado 1º por la vía de la “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*”, aunque no he encontrado pronunciamientos jurisprudenciales que acojan esta tesis.

⁶³ E. ÍÑIGO CORROZA, «Aspectos penales de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre», cit., p. 33.

⁶⁴ J.J. GONZÁLEZ RUS, «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», en J.C. CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 500.

referidos por GONZÁLEZ RUS han estado orientadas a eliminar cualquier referencia al sexo de los sujetos activo y pasivo para equiparar los papeles de hombres y mujeres en este ámbito, y que, por ello, introducir ahora una agravación de la pena para los supuestos en que el sujeto activo sea un hombre que es o fue pareja de la mujer agredida no sería lo más adecuado teniendo en cuenta lo anterior⁶⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, en las próximas páginas realizaré un recorrido por 1) las conductas que constituyen los tipos básicos; 2) las circunstancias que aumentan el desvalor del injusto, configurándose, cuando concurren, como tipos agravados; y, finalmente, 3) los aspectos que pueden llevar al juzgador a recurrir a la atenuación de la pena.

3.3.1. Tipos básicos: lesiones graves, maltrato de obra, amenazas leves y coacciones leves

La primera conducta, por su ubicación en el Código Penal, que constituye un delito de violencia de género consiste en causar por cualquier medio o procedimiento a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental (art. 148 apartados 4 y 5, en relación al art. 147 CP). Dentro del mismo ámbito, el de las lesiones, el art. 153.1 tipifica como delito de violencia de género la conducta consistente en causar a otro, por cualquier medio o procedimiento, menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión. En cuanto a las amenazas (art. 171.4 CP) y las coacciones (art. 172.2 CP) las conductas típicas son prácticamente idénticas: proferir una amenaza leve y llevar a cabo una coacción leve.

Antes de avanzar con los tipos agravados conviene detenerme en las conductas apuntadas, particularmente, por su relevancia, en la del art. 153.1 CP.

Las lesiones no definidas como delito son aquellas que no precisan tratamiento médico o quirúrgico, estableciendo la jurisprudencia (Sentencia del TS núm. 411/2000, de 13 de marzo) que debe entenderse por tal *«el sistema que se utiliza para curar una*

⁶⁵ M. ACALE SÁNCHEZ, «Análisis del Código Penal en materia de Violencia de Género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», en C. VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blach, Valencia, 2008, pp. 133 y 134.

enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquella no es curable». Se trata de algo más allá de la mera asistencia médica, el simple diagnóstico, o la pura prevención médica y, en principio, no debiera tener una relación obligada con el tiempo que se tarde en curar, aunque este sea uno de los diversos criterios a utilizar⁶⁶.

En cuanto al menoscabo psíquico, se sugiere por la doctrina la necesidad de interpretarlo por asimilación al concepto de lesión psíquica del art. 147 CP (según la idea de menoscabo de la salud mental)⁶⁷. Y en relación al golpe o maltrato de obra sin causar lesión, no habría que decir otra cosa fuera de que no se requiere resultado material alguno para considerar consumado el delito.

3.3.2. Tipos agravados: hechos perpetrados en presencia de menores, utilizando armas, en el domicilio común o de la víctima o quebrantando una medida de protección

Pasando, ahora sí, a los tipos agravados, el art. 153.3 CP establece que la pena se impondrá en su mitad superior cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias: 1) se perpetre en presencia de menores; 2) se utilicen armas; 3) tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima; o 4) se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza. Por cuanto a las amenazas y coacciones, los tipos agravados vienen dados por la concurrencia de alguna de aquéllas circunstancias, salvo la relativa a la utilización de armas, y traen como idéntica consecuencia la imposición de la pena en su mitad superior⁶⁸.

Con respecto a la presencia de menores, conforme a los criterios de aplicación fijados por la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2005, los mismos habrán de

⁶⁶ J. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA y J.M. MOYA CASTILLA, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, cit., p. 88.

⁶⁷ J.M. TAMARIT SUMALIA, «Artículo 153», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 9ª ed., Navarra, 2011.

⁶⁸ Arts. 171.5 pfo. 2º y 172.2 pfo. 3º CP.

estar integrados en el círculo de sujetos del art. 173.2 CP, teniendo que acreditarse su vinculación con el agresor y la víctima para proceder a la agravación de la pena⁶⁹.

La jurisprudencia, por su parte, ha aclarado a la hora de aplicar esta circunstancia determinados aspectos de la misma. En primer lugar, que el menor ha de tener capacidad intelectual suficiente como para apreciar la realidad del maltrato⁷⁰. Y, en segundo lugar, que la presencia del menor no ha de ser necesariamente física, bastando una mera presencia sensorial⁷¹. No obstante lo anterior, el Ministerio Fiscal suele solicitar la agravación de la pena por esta circunstancia siempre que haya un menor y aun cuando no se cumplan los criterios jurisprudenciales apuntados⁷².

Por cuanto se refiere a la utilización de armas, resulta aplicable la doctrina relativa al concepto de arma en el art. 148.1 CP (siendo calificadas de armas tanto las de fuego como las denominadas «armas blancas», entre las que se encuentran los cuchillos, navajas y puñales) (Auto del TS de 11 febrero de 1998 y Sentencias del TS de 12 de noviembre de 1990 y de 22 de diciembre de 1994). Quedan fuera del alcance de esta cualificación los supuestos de utilización de otros medios peligrosos no susceptibles de integrarse en el referido concepto. Asimismo, basta, conforme a la doctrina relativa a la utilización del arma del art. 242.2 CP, el uso intimidatorio del arma mediante su exhibición ante la víctima.

En relación a la ejecución del acto violento en el domicilio común o de la víctima, la doctrina coincide en que su fundamento estriba en el mayor impacto psíquico de las agresiones producidas en el entorno más inmediato de la misma, al

⁶⁹ Apartado IV.-A.3 de la Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina: C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP», cit., p. 30; M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., pp. 265-266.

⁷⁰ Ver por todas, Sentencia de la AP de Vizcaya, Sección 6ª, núm. 30/2005, de 14 de enero, FJ 2º.

⁷¹ Ver por todas, Sentencia de la AP de Alicante, Sección 1ª, núm. 111/2006, de 21 de febrero, FJ 1º.

⁷² Así, el Fiscal Don Jonay Socas Pérez entiende que esta circunstancia agravante otorga un plus de desvalor a la conducta porque atenta contra la paz familiar y que, por ello, aunque el menor no tenga una capacidad intelectual tal que le permita entender la realidad del maltrato, es innegable que la situación puede alterar a su normal desarrollo.

aprovecharse el autor de la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentra aquélla⁷³. Por domicilio debe entenderse el espacio que constituya la residencia habitual.

La circunstancia agravante de quebrantamiento de una medida de protección se refiere a los supuestos en que se hubiera impuesto una pena de privación del derecho de residir en determinados lugares o de acudir a ellos, de aproximarse o comunicarse con la víctima u otras personas, o en que hubiera sido acordada judicialmente una medida de seguridad o medida cautelar de la misma naturaleza⁷⁴.

3.3.3. Tipos privilegiados: la menor entidad de los hechos

Tras haber analizado las conductas configuradoras de los tipos básicos y agravados de violencia de género, procede ahora referirme a los tipos privilegiados.

En la línea de avance en materia de violencia doméstica, el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe sobre el Anteproyecto de la LO 11/2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, manifestó serias dudas sobre la proporcionalidad del marco punitivo aplicable a la violencia de género, proponiendo como posible solución la de que en los casos que presentasen una relevancia escasa se pudiera imponer la pena inferior en grado. Las razones expuestas en dicho Informe versaban sobre la realidad de que un simple maltrato de obra, aun teniendo por destinatario a alguna de las personas del ámbito doméstico, podía presentarse como un hecho sin apenas significación lesiva, debiéndose, en estos casos, atenuarse la responsabilidad penal a su autor⁷⁵.

⁷³ J.M. TAMARIT SUMALIA, «Artículo 153», cit.; J. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA y J.M. MOYA CASTILLA, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, cit., p. 95.

⁷⁴ En relación a esta circunstancia, apuntó el Fiscal Don Jonay Socas Pérez, en la referida entrevista, que al quebrantarse una medida de protección, en la práctica, se suele cometer otro delito. En estos casos, se puede recurrir, en primer lugar, a plantear como alternativa ante el Juez la de la apreciación del delito concreto que se haya cometido o del quebrantamiento; en segundo lugar, puede solicitarse la condena por el delito que se haya cometido, aplicándosele la pena en su mitad superior; y, en tercer lugar, cabría la posibilidad de solicitar la condena por ambos delitos. El acudir a una u otra opción dependerá de la prueba de que se disponga y de la intencionalidad del autor al cometer los hechos.

⁷⁵ Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, p. 36.

Pues bien, lo que entonces era una recomendación se convirtió en un criterio que acogió el legislador con la LOPIVG contemplando en todos los tipos de violencia de género, salvo el de lesiones del art. 148, la posibilidad de atenuar la pena. A este respecto, pese a que el tipo cualificado de lesiones del art. 148 no contiene una disposición en virtud de la cual se faculte al Juez para que, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, imponga la pena inferior en grado⁷⁶, el propio tenor literal del precepto refleja un carácter potestativo (“*podrán*”) por el que el Juez valorará el *resultado causado o el riesgo producido* pudiendo, en su caso, no aplicar la agravación respecto al tipo básico de lesiones del art. 147 CP.

La crítica en este momento la merece, a mi parecer, no ya la distinción en el tratamiento de unos y otros tipos a la hora de conceder la facultad de atenuar la pena⁷⁷, sino esta posibilidad en sí misma. Entiendo que lo que se trata es de relajar la rigidez de los tipos de violencia de género en el sentido de que, con ellos, el legislador ha manifestado su desconfianza hacia el juzgador poco menos que imponiéndole la aplicación de aquéllos. Así, pese a condicionar la atenuación a su razonamiento en la Sentencia, se concede cierto margen al Juez para valorar las circunstancias que rodeen al hecho delictivo⁷⁸.

Esta última posibilidad me hace surgir ciertas dudas en relación a la verdadera apuesta del legislador por los tipos penales analizados. Así, de entrada, todo apunta a la aplicación, incluso automática, de los delitos relativos a la violencia de género pero, a continuación, se relaja el criterio posibilitando la reducción de la pena hasta en un grado. Según mi parecer, lo ideal hubiera sido configurar los tipos de manera tal que en su aplicación no hubiese lugar a dudas en cuanto al desvalor del hecho y a la idoneidad de la pena a aplicar. Esto evitaría la necesidad de acudir a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho para atenuar el efecto

⁷⁶ A diferencia de lo dispuesto en los arts. 153, 171 y 172 tras la reforma operada por la LOPIVG.

⁷⁷ Así, las lesiones del art. 148 frente al resto de delitos de violencia de género.

⁷⁸ En cualquier caso, el Fiscal Don Jonay Socas Pérez manifiesta que, en la práctica, más que recurrir a esta posibilidad, lo que se suele hacer es aplicar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en lugar de la de prisión, siempre, eso sí, que el condenado preste su consentimiento sobre este extremo.

provocado por la aplicación de los tipos de violencia de género en supuestos casi insignificantes.

3.4. Delimitación de conductas afines

Con la intención de dejar perfectamente delimitadas las conductas encuadrables en el concepto de “violencia de género” y tras haber analizado en positivo los supuestos constitutivos de los tipos básicos, agravados y privilegiados, conviene ahora referirme brevemente, a los solos efectos de excluirlos de la materia que me ocupa, a dos situaciones que comparten notas en común con la misma.

3.4.1. Violencia sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor

Pese a no poder considerarse como violencia de género, el hecho de compartir conducta típica y ubicación sistemática en el Código Penal con los delitos que constituyen dicho tipo de violencia, hace totalmente necesario realizar un análisis de esta realidad. Se trata de los supuestos en que la posición de sujeto pasivo la ocupa una persona especialmente vulnerable que convive con el autor.

A este respecto, la doctrina coincide al afirmar que este grupo de sujetos pasivos se añadió en trámite parlamentario con la finalidad explícita de eludir posibles cuestiones de inconstitucionalidad de la norma, aspecto que ha sido evidenciado en los razonamientos del Tribunal Constitucional a la hora de resolver las cuestiones presentadas⁷⁹. Así, se refiere el alto Tribunal al hecho de que en el ámbito de las agresiones a personas especialmente vulnerables no hay restricción alguna en cuanto al sexo del sujeto activo y que, por ello, las objeciones relativas a que se castigan más las agresiones del hombre a la mujer que es o fue su pareja que cualesquiera otras agresiones producidas en el seno de tales relaciones quedan notablemente reducidas (Sentencia del TC núm. 59/2008, de 14 de mayo, FJ 4º). Teniendo en cuenta lo anterior, así como la doctrina surgida a este respecto, caracteriza al tipo autónomo que analizo el hecho de que la posición activa pueda ser ocupada, además de por el hombre, por la

⁷⁹ Entre otros, M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., pp. 125 y 126; J. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA y J.M. MOYA CASTILLA, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, cit., p. 93; J.M. TAMARIT SUMALIA, «Artículo 148», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 9ª ed., Navarra, 2011.

mujer⁸⁰. Asimismo, resulta indiferente la relación que una a agresor y víctima con tal de que exista efectiva convivencia entre ambos⁸¹.

Debido a que ni en la Exposición de Motivos de la Ley ni en su articulado se hace referencia a los aspectos a tener en cuenta para apreciar esa especial vulnerabilidad, la Fiscalía General del Estado ha recurrido al empleo del mismo concepto introducido por el legislador en otros tipos penales (delitos de agresión sexual, de acoso sexual, de corrupción de menores, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y de lesa humanidad), refiriéndose a la interpretación que de dicha circunstancia ha llevado a cabo el Tribunal Supremo en los delitos contra la libertad sexual. Lo que propone la Fiscalía, en definitiva, es la extensión de dicha interpretación a los preceptos afectados por la LOPIVG⁸², mientras la jurisprudencia no desarrolle tal concepto jurídico indeterminado en el ámbito específico de la violencia doméstica.

Por ello, habrá que acudir a dicha doctrina jurisprudencial para concretar lo que se entiende por especial vulnerabilidad. En este sentido, el criterio sentado por el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 224/2003, de 11 de febrero (FJ 2º) es el de que la vulnerabilidad de la víctima no deriva exclusivamente de su corta edad sino, en general, de factores relacionados con la edad, enfermedad o situación en que se encuentre. De este modo, si sólo se atiende al criterio de la edad, lo relevante será que la misma incida en la eventual vulnerabilidad de su personalidad; en el caso de la enfermedad, la atención se centrará en que tal estado potencial de agresión a causa de lo vulnerable de su condición se predique de la misma, con independencia ahora de su edad; y, finalmente, la situación en que se encuentre habrá de ser algo externo a la personalidad de la víctima. Asimismo, sea cual sea la causa de la vulnerabilidad,

⁸⁰ Entre otros, J.J. GONZÁLEZ RUS, «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», cit., p. 488; M.C. SOTORRA CAMPODARVE, «Protección en el ámbito penal», en P. RIVAS VALLEJO y G.L. BARRIOS BAUDOR (directores), *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 396.

⁸¹ J.J. GONZÁLEZ RUS, «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», cit., p. 487; M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 126.

⁸² Apartado IV.-A.1 de la Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

constituye un requisito jurisprudencial indispensable que quede acreditada una fragilidad especial (Sentencia del TS núm. 793/2004, de 14 de julio, FJ 2º).

Concluye la Fiscalía desplazando al caso en concreto, como no podía ser de otra manera, el análisis de las circunstancias que coloquen a la víctima en situación de indefensión frente al autor, hecho que debe ser abarcado por el dolo del mismo.

Por lo anterior, y debido a la inexistencia de jurisprudencia que venga a proporcionar un criterio discordante con el adoptado por la Fiscalía, la doctrina ha venido entendiendo que las personas especialmente vulnerables son hombres o mujeres, que por su corta o avanzada edad, su enfermedad o discapacidad tienen menores posibilidades de defenderse de la agresión⁸³, quedando incluidos en dicho grupo de posibles sujetos pasivos los niños de corta edad, ancianos, debilitados, enfermos graves y discapacitados cuya indefensión aumenta la reprochabilidad de la conducta agresiva dirigida contra ellos⁸⁴. Del mismo modo, como ya apunté en un epígrafe anterior, podrían quedar incluidas en la conducta tipificada por el art. 153.1 CP, por la vía de este grupo de sujetos pasivos, las agresiones producidas en el ámbito de las parejas homosexuales y las dirigidas contra el varón en las parejas heterosexuales, siempre y cuando quede probada, en ambos casos, la especial vulnerabilidad de la víctima y su convivencia con el autor.

3.4.2. Violencia doméstica

El Consejo de Europa definió la violencia doméstica como “toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros, que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica, o incluso la libertad de otro componente del clan familiar y causa un serio daño al desarrollo de la personalidad”⁸⁵. De la misma pueden extraerse las diferencias que presenta con respecto a la violencia de género: 1) el círculo de posibles víctimas es más amplio en violencia doméstica al incluir, además de a quienes prevén como víctimas los tipos de violencia de género, a descendientes, ascendientes, hermanos, menores o incapaces que convivan con el autor o que se hallen

⁸³ C. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, «El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP», cit., p. 17.

⁸⁴ M.C. SOTORRA CAMPODARVE, «Protección en el ámbito penal», cit., p. 395.

⁸⁵ El Consejo de Europa, en su Recomendación N° R (85) 4, 26, 5 de 1989.

sujetos a la patria potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente y, en general, cualquier persona amparada en otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados (art. 173.2 CP); 2) el círculo de posibles agresores es también más amplio en violencia doméstica: aquí el rasgo característico es que la violencia se produzca por un miembro de la familia contra otro que pertenezca a su núcleo doméstico, con independencia de que el sujeto activo sea hombre o mujer; y 3) el vínculo que ha de unir al agresor y la víctima es, igualmente, más amplio en violencia doméstica: se da la misma cuando la agresión se ejerce contra quien reside con la familia, independientemente de su relación afectiva o de parentesco con el sujeto activo.

De lo expuesto se deduce que la violencia doméstica abarca la violencia de género pero que se trata de conductas con características específicas y que, por tanto, no han de ser confundidas⁸⁶.

3.5. Responsabilidad penal de los delitos de violencia de género

En este apartado analizaré las penas que llevan aparejados cada uno de los delitos configuradores de la violencia de género, así como las especialidades en materia de suspensión y sustitución de aquéllas.

3.5.1. Penas

El delito de lesiones del art. 148 CP⁸⁷ prevé una pena de prisión de dos a cinco años. A este respecto, es importante tener en cuenta que las nuevas circunstancias agravantes introducidas por la LOPIVG⁸⁸ son sólo para el delito básico de lesiones del art. 147 CP y no así para las lesiones más graves de los arts. 149 y 150 CP. De este modo, cuando la lesión cause a la mujer víctima de violencia de género la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la

⁸⁶ Entre otros, P. LAURENZO COPELLO, «La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal», cit., pp. 4, 5 y 6.

⁸⁷ Conforme a la redacción dada al mismo por el art. 36 de la LOPIVG.

⁸⁸ La alevosía y la atención a «*si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviera o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia*» y a «*si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*».

esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, o cuando se trate de la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, no podrá recurrirse a lo previsto en el art. 148 para agravar la pena sino que la misma se calculará conforme a las reglas generales del art. 66 para el caso de que existan agravantes. Considero carente de justificación esta decisión legislativa en cuanto a que si la motivación del legislador fue la de conceder una mayor protección en los casos de violencia sobre la mujer por entender que, si la violencia se ejerce como *manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, se presume una situación de vulnerabilidad en la víctima⁸⁹, que no pueda procederse a la misma agravación cuando las lesiones son más graves es a todas luces un sinsentido. Más aun cuando la LOPIVG venía a superar, aunque sólo de manera parcial, una laguna punitiva que existía en la regulación de esta materia introducida por la LO 11/2003⁹⁰. Así, este aspecto ha llevado a considerar a algunos autores que la discriminación de la que habla el legislador en la Exposición de Motivos no constituye la razón de la mayor gravedad de los hechos⁹¹.

Por cuanto se refiere a los malos tratos singulares, el art. 37 LOPIVG modifica el art. 153 CP, que ya había sido modificado por la LO 11/2003 de manera tal que las conductas anteriormente tipificadas como faltas en los arts. 617 (lesiones y maltrato físico) y 620.1 (maltrato psíquico) pasaron a ser constitutivas de delito de lesiones en los supuestos en que el sujeto pasivo fuera alguno de los definidos por el art. 173.2 CP. La LOPIVG mantiene la redacción anterior con el traslado de las amenazas leves con armas e instrumentos peligrosos al art. 171 CP y la distinción de pena según la víctima sea o haya sido la esposa o compañera sentimental del agresor o una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor (art. 153.1), o bien se trate de cualesquiera otra de las personas a las que se refiere el art. 173.2 (art. 153.2). Por lo que

⁸⁹ En el mismo sentido, E. ÍÑIGO CORROZA, «Aspectos penales de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre», cit., p. 35; y M. ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, cit., p. 191.

⁹⁰ Esta Ley modificó el art. 153 CP, que regula el ejercicio de violencia ocasional sin resultado lesivo concreto y el ejercicio de violencia ocasional con resultado de lo que se consideraría en los supuestos generales como constitutivo de falta de lesiones, siempre entre personas con una especial relación afectiva, familiar o semejante. En este sentido, parecía contrario a la lógica que no se hubiese previsto la misma situación agravatoria por razón de los sujetos del delito en los casos en que la conducta fuera más grave y tuviera como consecuencia un resultado constitutivo de delito de lesiones.

⁹¹ Entre otros, E. ÍÑIGO CORROZA, «Aspectos penales de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre», cit., p. 39.

a efectos del presente trabajo es relevante, la pena prevista para el maltrato singular constitutivo de violencia de género es de prisión de seis meses a un año o de trabajo en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Por último, en relación a las amenazas y coacciones, las penas a aplicar son idénticas a las previstas para el delito de maltrato singular del art. 153.1 CP.

3.5.2. Suspensión y sustitución de las penas

La LO 15/2003 introdujo, con el objetivo de mantener a salvo a la víctima, un régimen específico para maltratadores mediante sendas modificaciones en materia de suspensión y sustitución de penas privativas de libertad⁹².

Con la LOPIVG se vuelve a incidir en este ámbito de tal forma que la suspensión queda condicionada, además de al cumplimiento de las obligaciones impuestas ya por la LO 15/2003 (entre las que destaca, por su importancia, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos –art. 83.1.2ª CP–), a la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares por el agresor (art. 83.1.5ª CP)⁹³. Asimismo, se reduce el campo de aplicación de esta exigencia en la medida en que se refiere, exclusivamente, a los casos relacionados con la violencia de género y ya no a la, más amplia, violencia doméstica⁹⁴. Además, como medida para garantizar la efectividad de las obligaciones establecidas se

⁹² Para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión a un sujeto condenado por un delito de maltrato singular o de malos tratos habituales, incluido en el ámbito familiar, se condicionaría aquélla al cumplimiento de las siguientes obligaciones: prohibición de acudir a determinados lugares (art. 83.1.1ª CP) y la prohibición de acercarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos (art. 83.1.2ª CP). En cuanto a la sustitución, la LO 15/2003 contenía un régimen especial para los casos en que se hubiera cometido un delito de malos tratos habituales.

⁹³ La LO 5/2010, de 22 de junio, ha realizado una modificación de escasa entidad en la regla 5ª del art. 83.1 CP incluyendo, dentro de la amalgama de programas a los que puede someterse al agresor, los de defensa del medio ambiente y de protección de los animales.

⁹⁴ Así, conforme al segundo párrafo de la regla 6ª del art. 83.1 CP: «*Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª, 2ª y 5ª de este apartado*».

procede a la modificación del apartado 3 del art. 84 CP de manera tal que el incumplimiento de las reglas de conducta implicaría la revocación de la suspensión⁹⁵.

En cuanto a la sustitución, la novedad introducida por la LOPIVG se basa en que cuando se trate de un delito relacionado con la violencia de género la sustitución sólo podrá realizarse por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. No obstante, la LO 5/2010, de 22 de junio, incluyó la posibilidad de sustituirla también por localización permanente⁹⁶.

Por cuanto a la expresión contenida en estos preceptos relativa a los delitos “relacionados con la violencia de género”, la Fiscalía General del Estado ha venido a entender que dicha expresión ha de ser interpretada conjugando el art. 1 LOPIVG en relación con las normas determinantes de la competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. De esta forma, aquellos delitos serán los que, siendo competencia de dichos Juzgados, presenten como sujeto pasivo a la mujer que fuere o hubiere sido esposa, o que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia⁹⁷. En el mismo sentido, ya desde su Circular 1/2005, sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por la LO 15/2003, se hacía referencia a la reforma que llevaría a cabo la LOPIVG sobre la suspensión y sustitución de las penas en los casos de delitos relacionados con la violencia de género, entendiendo que éstos son los que define el art. 1.3 de la LOPIVG. Así, conforme a este criterio, *la violencia de género (...) 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*.

⁹⁵ Insiste el precepto en que se trata de una medida prevista para los casos en que “*la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género*”.

⁹⁶ Así, su Exposición de Motivos declara que: «*En esta línea de evolución de la respuesta jurídico-penal hacia fórmulas más operativas y mejor adaptadas a las actuales necesidades y demandas sociales, la secular carencia de penas alternativas a las penas cortas de prisión del sistema español ha motivado que en esta reforma se haya optado por otorgar un mayor protagonismo a la pena de localización permanente. Con este objetivo, se le confiere una mayor extensión y contenido, si bien se ha pensado que inicialmente, aunque con vocación de futuras ampliaciones, su ámbito de aplicación se reduzca al marco de la sustitución de las penas privativas de libertad*».

⁹⁷ Apartado IV.-G de la Circular nº 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Las consideraciones precedentes abren paso a la opinión de un sector de la doctrina consistente en que la LOPIVG introduce un concepto, el de violencia de género, que es capaz de abarcar cualquier delito violento y al que se anudan determinadas consecuencias penales, además de otras de carácter procesal, civil, etc., debiendo considerarse incorrecta la interpretación de que únicamente se introduce la perspectiva de género en los preceptos que expresamente viene a modificar la LOPIVG⁹⁸.

A mi entender, tratándose de una interpretación que, de adoptarse, el único efecto práctico que tendría sería el de la aplicabilidad a cualquier delito violento de las especialidades contenidas en los arts. 83, 84 y 88 CP para los casos en que estén “relacionados con la violencia de género”, y debido a la escasa entidad de las penas susceptibles en nuestro ordenamiento de ser suspendidas o sustituidas, la trascendencia de acoger o no esta tesis es ínfima⁹⁹. No obstante, para los posibles supuestos en que pudiera aplicarse aquella interpretación entiendo que la misma concuerda sin esfuerzos con la dicción literal de los preceptos analizados, así como con lo previsto por la LOPIVG¹⁰⁰.

4. La posición del Tribunal Constitucional acerca de la violencia de género

Aunque han sido muchas las críticas hacia la Ley, los motivos aducidos en las múltiples cuestiones de inconstitucionalidad presentadas frente a la misma se concretan en la vulneración de la dignidad de la persona (art. 10 CE) y de los derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), así como los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

Por la vulneración de la dignidad de la persona. El Tribunal Constitucional entendió, en su Sentencia núm. 59/2008, de 14 de mayo (FJ 11º), que no se trata de que

⁹⁸ E. RAMÓN RIBAS, *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 97; A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Derecho Penal español. Parte especial*. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 496.

⁹⁹ Ello es así en la medida en que los delitos a los que podrían aplicarse las referidas especialidades conforme a la expresión “delitos relacionados con la violencia de género” (fuera de los expresamente configurados como tales) contienen penas superiores a los dos años, es decir, que parten de la imposibilidad de acogerse a los beneficios de la suspensión y la sustitución.

¹⁰⁰ En contra, M.A. BOLDOVA PASAMAR y M.A. RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político criminales en torno a los delitos de violencia de género», cit., p. 25.

se presume en las mujeres, por el mero hecho de serlo, una especial vulnerabilidad. En realidad, el legislador ha apreciado una gravedad o un reproche peculiar en determinadas agresiones concretas producidas en el seno de la pareja o entre quienes lo fueron, entendiendo que las mismas se insertan en parámetros de desigualdad en la relación tan arraigados como generadores de graves consecuencias, aumentándose con ello la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima.

Por la infracción del principio de igualdad. La Sentencia anteriormente citada afirma que no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, sino que la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y debido también a que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien, de un modo constitucionalmente intolerable, ostenta una posición subordinada (FJ 7º). Es por ello por lo que se descarta que el principio de igualdad (art. 14 CE), en su vertiente de prohibición de la discriminación, se vea vulnerado por el precepto. Asimismo, se refiere al mayor desvalor de la conducta descrita en el apartado 1 del art. 153¹⁰¹, en relación con la de su apartado 2¹⁰², como justificación de la diferenciación normativa y de penalidad. A este respecto, señalan los Votos Particulares de la Sentencia que la conducta del art. 153 es la misma para ambos apartados, diferenciados sólo a efectos de pena en cuanto a los sujetos intervinientes.

No considero que esta última interpretación, la manifestada por los Magistrados discrepantes, sea conforme a la finalidad de la Ley, por cuanto la agresión machista del hombre sobre la mujer está rodeada de circunstancias (superioridad física del varón, discriminación hacia la mujer por el mero hecho de serlo, etc.) que convierten en

¹⁰¹ «1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, 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 (...)».

¹⁰² «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 (...)».

innegable la realidad de que cualquier otra violencia se presenta en la práctica como una conducta diferente.

Por su parte, la Sentencia del TC núm. 45/2009, de 19 de febrero, que resuelve varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, analiza la constitucionalidad de la LOPIVG en relación a las modificaciones introducidas en materia de amenazas leves sin armas (art. 171.4 CP) y la posible desproporción de las penas en relación a su consideración como delito en unos casos –siempre en atención a los sujetos intervinientes– y como falta en otros. A este respecto, entiende el Tribunal Constitucional que la diferencia punitiva no ha de convertir en inconstitucional el precepto cuestionado (FJ 4º). Se advierte que no existe vulneración del principio de igualdad en la medida en que se trata de un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer en tanto que el fundamento de la regulación que incorpora el precepto es el machismo.

Por la transgresión del principio de presunción de inocencia. Los Votos Particulares a esta última Sentencia se centran en que la finalidad de la LOPIVG no ha quedado plasmada en la dicción literal del precepto que regula las amenazas leves, lo cual supone que sea indiferente la causa y el contexto en que se profieran aquéllas, siendo contrario al principio de presunción de inocencia el que toda amenaza realizada por un varón frente a su pareja o ex pareja se considere siempre una manifestación machista que suponga la aplicación automática del art. 171.4 CP¹⁰³.

Por la vulneración del principio de culpabilidad. Las dos alegaciones realizadas a este respecto fueron las siguientes: 1) la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima; y 2) la atribución al varón de «una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor».

¹⁰³ Lo mismo queda plasmado en uno de los Votos Particulares formulados frente al fallo de la Sentencia del TC núm. 59/2008, de 14 de mayo, respecto a «*la presunción adversa de que todo maltrato ocasional cometido por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 153.1 CP*».

Ambas objeciones fueron solventadas por el Tribunal Constitucional afirmando, en primer lugar, que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta del varón mediante un rasgo que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad del autor, sino que sencillamente se aprecia un mayor desvalor y una mayor gravedad en la conducta a partir de sus características y, entre ellas, la de su reflejo de un arraigado modelo agresivo de comportamiento contra la mujer por el varón en el ámbito de la pareja. En segundo lugar, según el Tribunal Constitucional, tampoco se atenta contra el principio de culpabilidad en la medida en que el desvalor añadido de la conducta tipificada viene dado porque el autor sigue una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas, que implica una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no suponiendo este aspecto que se esté sancionando al concreto sujeto activo por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino que lo que se le reprocha penalmente es el especial desvalor de su propia y personal conducta (Sentencia del TC núm. 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11º).

Por la infracción del principio de proporcionalidad. Considera el Tribunal Constitucional que no puede afirmarse la vulneración del mismo en la medida en que el mayor desvalor de las amenazas en el seno de lo que el legislador ha calificado como violencia de género hace imposible entender que existe un «desequilibrio patente y excesivo entre la sanción y la finalidad de la norma»¹⁰⁴ (Sentencia del TC núm. 45/2009, de 19 de febrero, FJ 8º).

Para concluir, otro de los aspectos destacables del razonamiento llevado a cabo por el Tribunal Constitucional es el relativo a la funcionalidad de la regulación actual frente a una alternativa no diferenciadora. Esta alternativa la constituía, precisamente, la redacción del art. 153 anterior a la modificación producida por la LOPIVG. Como la diferencia entre ambas regulaciones se encuentra en el mínimo de pena aplicable (3 meses antes, 6 meses ahora) la justificación debe referirse al mismo, la cual queda amparada en el diferente desvalor de ambas conductas. No obstante, los Votos Particulares también se refieren a este aspecto señalando que, en la medida en que la regulación anterior permitía llegar a una condena idéntica a la que ahora constituye

¹⁰⁴ Auto del TC núm. 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 5º.

imperativamente el mínimo a aplicar, la necesidad de la regulación introducida por la LOPIVG queda carente de justificación (Sentencia del TC núm. 59/2008, de 14 de mayo).

Por todo lo expuesto, entiendo que el Tribunal salva la constitucionalidad de los preceptos sancionadores de la violencia de género (en su redacción dada por la LOPIVG) atendiendo a las diversas interpretaciones posibles de la misma y acogiendo a la legítima y respetable finalidad de la LOPIVG; a que el sexo de los sujetos intervinientes no es el aspecto determinante de la diferenciación de penas que introduce aquélla; y, por último, a que la justificación de dicha distinción normativa viene dada por el mayor desvalor que presentan las conductas machistas.

La declaración del Tribunal de la constitucionalidad de la Ley amparándose en que en las agresiones del hombre frente a la mujer se produce una situación de discriminación o de relación de poder del agresor sobre la víctima no deja totalmente clara la forma acorde a la finalidad de la LOPIVG de interpretar dichas circunstancias. Así, interpreto que, en primer lugar, se podría considerar que en toda agresión del hombre hacia la mujer está latente dicha discriminación, lo que conduciría a la aplicación automática de los preceptos reguladores de la violencia de género por la existencia de un desvalor añadido. Y, en segundo lugar, es igualmente posible entender que el machismo no está presente en todo acto violento del hombre sobre la mujer que se produzca en el seno de la relación de pareja o ex pareja y que, por ello, sólo en la medida en que sea así podrá acudir a la regulación introducida por la LOPIVG. Precisamente ambas posibilidades son las que trataré en el siguiente epígrafe con ocasión del análisis del tratamiento jurisprudencial de la violencia de género en la actualidad.

5. Tratamiento jurisprudencial de la violencia de género

5.1. Posición favorable a la aplicación restrictiva de los tipos de lo injusto

En cuanto a la aplicación de los preceptos relativos a la violencia de género, en 2008 el Tribunal Supremo parecía haber sentado un criterio jurisprudencial al respecto, entendiendo que había de concurrir, para la aplicación de los mismos, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo, debiendo cometer los hechos en una posición de dominio frente a su mujer para que los mismos merecieran tal consideración

(Sentencia del TS núm. 58/2008, de 25 de enero, FJ 4º). En 2009 se refuerza esta interpretación estableciendo el Tribunal que, conforme al criterio teleológico y, con él, la Exposición de Motivos de la LOPIVG, las agresiones en las que no quedasen fielmente demostradas las notas del machismo por parte del hombre no podrían considerarse violencia de género (Sentencia del TS núm. 654/2009, de 8 de junio, FJ 2º). De este modo, entendía el Tribunal Supremo que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja de la que resultase lesión leve para la mujer debía considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el art. 153 CP, sino exclusivamente –conforme a lo establecido en el art. 1.1 de la LOPIVG– la violencia que fuese «*manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer*». Se hacía necesario, por ello, acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el “animus” que impulsaba la acción, pues se consideraba que se trataba de un delito eminentemente doloso en el que la conducta típica debía ser manifestación de la discriminación, la desigualdad, la dominación y el sometimiento que el sujeto activo imponía sobre el sujeto pasivo, según el principio rector que informa la LOPIVG (Sentencia del TS núm. 1177/2009, de 24 noviembre, FJ 3º).

En la misma línea, e incluso antes del primer pronunciamiento del Tribunal Supremo a este respecto, los Tribunales inferiores realizaban una interpretación de los preceptos que tipifican la violencia de género en los términos expuestos (entre otras, las Audiencias Provinciales de Las Palmas, Barcelona, Valencia, Burgos y Murcia). Así, consideraban que estos delitos, pese a estar configurados de manera objetiva sin referencia alguna a la intencionalidad del autor como elemento del tipo, requerían algo más que la simple constatación de la concurrencia de los aspectos integrantes de su literalidad. En concreto, la Audiencia Provincial de Las Palmas dio un paso más a este respecto estableciendo las consecuencias que se derivarían de la aplicación automática de los tipos objeto de análisis, entendiendo que se infringirían el principio constitucional de la presunción de inocencia (art. 24 CE) y el principio de igualdad que proscribía tratamientos discriminatorios por razón de sexo (art. 14 CE). Así, prosigue la Audiencia, la situación de prevalencia del hombre sobre la mujer habrá de probarse necesariamente en el caso en concreto, incurriendo, de no efectuarse dicha prueba, en una presunción *iure et de iure* en contra del reo. Insiste la Audiencia en que ni siquiera podría establecerse una presunción *iuris tantum* a favor de la existencia de prevalencia

del hombre sobre la mujer por cuanto se vulneraría el derecho fundamental a la presunción de inocencia, al estar configurado éste en términos opuestos, es decir, que lo que ha de presumirse en todo caso, salvo prueba en contrario, es que el acusado no es penalmente responsable de lo que se le imputa. Por cuanto a la vulneración del principio de igualdad se refiere, entiende este Tribunal que la aplicación automática de los preceptos relativos a la violencia de género discriminaría tanto al hombre como a la mujer: al primero por el mero hecho de serlo y a la segunda por presumirse su sumisión y dominación por el hombre¹⁰⁵.

5.2. Posición favorable a la aplicación automática de los tipos de lo injusto

No obstante, en 2010 el Tribunal Supremo cambia su criterio interpretativo con dos nuevas Sentencias y pasa a considerar totalmente indiferente la motivación del autor del delito cuando quede probado el uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la víctima relacionada con él (Sentencias del TS núm. 703/2010, de 15 de julio, FJ 1º y núm. 807/2010, de 30 de septiembre, FJ 2º).

En 2011, con ocasión de un supuesto en el que se analizaba la aplicabilidad del art. 171.4 CP, el Tribunal Supremo señala los elementos que integran a dicho delito, entre los que figura *un especial ánimo consistente en la constatación de que la conducta es reflejo de una visión sesgada de la relación de pareja viciada por un contexto de dominación masculina* (Sentencia del TS núm. 1376/2011, de 23 de diciembre, FJ 2º). En la misma línea, en 2013, el Tribunal Supremo vuelve a pronunciarse al respecto, aunque en esta ocasión en un Auto, y admite la necesaria acreditación de cierto componente machista en la agresión, aunque en el entorno objetivo y no en el ánimo o intencionalidad del autor (Auto del TS de 31 de julio de 2013).

Conforme a lo anterior, y tras el análisis de la jurisprudencia recaída con posterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Supremo, considero que la aplicación automática o restrictiva de los preceptos de violencia de género es una cuestión de interpretación, en la medida en que las Audiencias Provinciales han venido

¹⁰⁵ Sentencia de la AP de Las Palmas, núm. 76/2007, de 9 febrero, FJ 3º. En el mismo sentido, Sentencia de la AP de Barcelona, núm. 950/2007, de 31 de octubre, FJ 2º; Sentencia de la AP de Valencia, núm. 451/2008, de 3 de diciembre, FJ 3º; Sentencia de la AP de Burgos, núm. 48/2010, de 3 de marzo, FJ 4º; y Sentencias de la AP de Murcia, núm. 115/2010, de 14 de mayo, FJ 4º y núm. 140/2010 de 11 junio, FJ 3º; entre otras.

manteniendo el criterio que seguían y, para ello, se acogen a una u otra doctrina jurisprudencial, pudiendo observar en la actualidad resoluciones en ambos sentidos¹⁰⁶.

6. Posición personal sobre la violencia de género

6.1. Acerca del verdadero alcance del machismo

Como ya apunté en un epígrafe anterior, la LOPIVG no afecta a infracciones penales muy frecuentes en la esfera de la violencia de género, habiendo optado el legislador, en cambio, por centrar su atención en delitos que pertenecen al nivel menos grave de violencia que puede darse (lesiones graves, malos tratos singulares, amenazas, coacciones y vejaciones leves).

Particularmente, entiendo que la LOPIVG pretendió en su momento combatir los primeros signos agresivos sobre la mujer como mecanismo para evitar niveles superiores de violencia que desencadenasen en agresiones sexuales, homicidios, asesinatos, etc. No obstante, cualesquiera que fueran las circunstancias que motivaron al legislador a llevar a cabo la regulación analizada, me adhiero a las críticas efectuadas al respecto considerando que, sin necesidad de alterar la legítima finalidad de la Ley al conceder esa especial protección para los ataques menos graves como forma de represión de las conductas más violentas, debió atenderse en su momento a la realidad de que la promulgación de la Ley no supuso el surgimiento de la violencia de género y que, al contrario, ya existían casos de mujeres que vivían auténticos infiernos a causa de la violencia ejercida sobre ellas a manos de sus parejas sentimentales, es decir, realidades que iban mucho más allá de la mera bofetada o empujón, conductas en las que se centró finalmente la LOPIVG. Además, también debería haberse previsto el miedo de la mujer a enfrentarse mediante una denuncia a su agresor, lo cual no habría de impedir que, en los supuestos en que aquél llegase hasta las últimas consecuencias atentando contra la vida de quien es o ha sido su pareja sentimental, se le pudieran imponer consecuencias jurídicas relacionadas con la violencia de género efectivamente ejercida por él.

¹⁰⁶ Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de S/C de Tenerife ha acogido el criterio de la aplicación automática de los preceptos de violencia de género (Sentencias núm. 470/2011, de 16 de diciembre y núm. 85/2014, de 5 de marzo, entre otras). Por su parte, las Audiencias Provinciales de Barcelona y Murcia mantienen el criterio de la aplicación restrictiva de los tipos penales de violencia de género (Sentencias núm. 175/2014, de 12 de febrero y núm. 91/2012, de 30 de marzo, respectivamente).

En el mismo sentido, la Ley se refiere al machismo que evidencia el varón al agredir a su mujer, pero se olvida de comportamientos igualmente machistas que se dan, por desgracia con bastante frecuencia, en el ámbito de la familia. Me refiero con ello a la violencia sufrida por la mujer, igualmente por el mero hecho de serlo, por parte de su padre, tío, hermano, o cualquier otro varón perteneciente a su entorno familiar.

Con lo anterior pretendo manifestar que no creo que la violencia de género la constituyan exclusivamente las conductas afectadas por la LOPIVG sino cualquier acto violento que se cometa por un hombre sobre una mujer y que sea manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder que se ejercen sobre la misma. Por ello, a mi entender, la referida Ley debió haber previsto, bien una agravante genérica que permitiese su aplicación a todos los delitos violentos en los que pudieran concurrir los elementos que caracterizan a la violencia de género, o bien agravaciones específicas dentro de cada uno de ellos.

6.2. Sobre la aplicación automática de los tipos de lo injusto

Teniendo en cuenta los criterios expuestos en el epígrafe relativo al tratamiento jurisprudencial de la violencia de género, mi opinión a este respecto es conforme al criterio interpretativo mantenido por el Tribunal Supremo hasta el año 2010, es decir, el que consideraba que los delitos de violencia de género requieren, para su aplicación, la exteriorización por parte del sujeto activo de la discriminación hacia la víctima a la que se refiere aquélla, de manera tal que, en definitiva, se haga necesaria una verdadera conducta machista por parte del autor de los hechos.

No siendo aquél el criterio que siguen actualmente los tribunales, la crítica ha de centrarse en este extremo. Entiendo que los motivos por los cuales se rechaza la exigibilidad de cierto ánimo por parte del autor, para poder entrar a valorar la existencia de violencia de género, son idénticos a los que llevaron al legislador, en su momento, a excluir del Anteproyecto de la actual Ley el específico elemento subjetivo, relativo a la utilización de la violencia con ciertos fines¹⁰⁷. Dichos motivos eran y siguen siendo, en definitiva, las dificultades probatorias que conllevarían tales exigencias.

¹⁰⁷ Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, p. 29.

El argumento anterior me resulta insuficiente para justificar la aplicación automática, y no ya sólo de los tipos delictivos de violencia de género, sino de cualquier delito. La mayor o menor dificultad probatoria vendrá determinada en cada caso en concreto y el hecho de que en algunos supuestos resulte prácticamente imposible indagar en los hechos en busca de verdaderos elementos que evidencien *la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder* ejercidas por el hombre sobre la mujer, no debería perjudicar a aquellos otros en los que del mero relato de hechos se deduce que la agresión que se denuncia no presenta los referidos signos de machismo.

Así, el razonamiento precedente me lleva a considerar que cuando no haya machismo los tipos penales de violencia de género no deberían ser aplicados, por no manifestarse en estos supuestos las circunstancias que hacen entender que la conducta del varón tiene un plus de gravedad. En estos supuestos, las soluciones posibles son: 1) recurrir a la falta, porque la configuración del apartado 2 del art. 153 CP impide su aplicación en estos supuestos (*“Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior (...) exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo”*); o 2) aplicar el apartado 1 del art. 153 CP pero por la vía de la *“persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”*.

No obstante, ninguna de las soluciones expuestas está a salvo de problemas prácticos. La primera de ellas por cuanto conlleva al absurdo de que, en los supuestos de agresiones mutuas, al varón se le aplicará una falta y a la mujer un delito de violencia doméstica (art. 153.2 CP)¹⁰⁸. La segunda, porque depende de la prueba de la especial vulnerabilidad de la víctima y porque impediría amparar las agresiones que se diesen cuando el vínculo ya no existiera.

Asimismo, en íntima conexión con la aplicación automática de la violencia de género se encuentra el tema de las denuncias falsas. Y es que, si la población adquiere conciencia del verdadero automatismo de esta protección reforzada sobre la mujer, se corre el riesgo de que la violencia de género se emplee como mero instrumento acelerador de medidas que corresponden a otros órdenes jurisdiccionales, sobre todo el

¹⁰⁸ Así, la Sentencia del TS núm. 1177/2009, de 24 noviembre.

civil (custodia de hijos menores, divorcio, etc.). A la realidad anterior se le une el problema de que para perseguir judicialmente este tipo de hechos se requieren ciertos elementos que sustenten la acusación, es decir, que no basta con la evidencia de que las agresiones denunciadas no se dieron realmente¹⁰⁹.

Conforme a lo anteriormente expuesto, considero que la existencia o no de violencia de género habrá de venir determinada por las circunstancias concurrentes en cada caso, y no de manera automática por los sujetos que intervengan en los hechos. Así, pese a que el tenor literal no introduce ni el requisito objetivo de que la conducta haya de ser machista ni elemento subjetivo alguno relativo a la intencionalidad del autor, considero que si del contexto que rodea al supuesto no se deduce que la relación existente entre la víctima y el agresor ha influido de alguna forma en la conducta de éste, carecería de sentido recurrir a la aplicación de delitos que, como ha quedado reflejado al analizar la finalidad de la Ley, pretenden actuar contra la violencia que se ejerce *como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*.

No obstante, pese a las innumerables críticas a este respecto, la violencia de género continuará en los próximos años configurada en idénticos términos a los actuales, por cuanto el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el actual Código Penal no incide significativamente en las cuestiones tratadas en el presente trabajo¹¹⁰.

6.3. Alternativas a la regulación actual

Tras el recorrido que he realizado por todos los aspectos penales de la LOPIVG, así como por la posición del Tribunal Constitucional en relación a la misma y por su

¹⁰⁹ Este aspecto es el que, en opinión del Fiscal Don Jonay Socas Pérez, generaliza la sensación de que las denuncias falsas no se persiguen, y no sólo en materia de violencia de género.

¹¹⁰ Refiriéndose el mismo, únicamente, a los siguientes aspectos: 1) los problemas relacionados con la calificación penal de ciertas conductas del imputado o penado, tendentes a hacer ineficaces los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en esta materia, hacen necesario que se pasen a tipificar expresamente dentro de los delitos de quebrantamiento; 2) en cuanto a la nueva categoría de “delitos leves”, cuando se trate de conductas constitutivas de violencia de género o doméstica, se impondrán penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente; y 3) se pasa a considerar como requisito de perseguibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal en los casos de lesiones y maltratos de obra, salvo en los supuestos de violencia de género.

aplicación jurisprudencial, conviene ahora plantear otra opción a efectos de penalidad suprimiendo hipotéticamente las consecuencias previstas en aquélla, a salvo siempre de la respetable y adecuada protección que proporciona la Ley a las mujeres víctimas de violencia de género en otros ámbitos además del penal.

Así, teniendo en cuenta que el Código Penal contiene una serie de agravantes genéricas en su art. 22, y obviando incluso la posibilidad del legislador de introducir en determinados tipos penales otras de carácter específico, se advierte que, conforme a lo dispuesto en las *reglas generales para la aplicación de las penas*, la consecuencia de que concurra una agravante en la ejecución de un delito doloso es la imposición al juzgador del deber de aplicar la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito de que se trate. Por tanto, conforme a la regulación anterior dada por la LO 11/2003 al art. 153 CP, en la que la conducta típica era la misma que tras la LOPIVG¹¹¹, salvo el aspecto relativo a los sujetos pasivos (aunque al referirse expresamente a los sujetos contemplados en el art. 173.2 también quedaban incluidos la mujer que *sea o haya sido esposa, o 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*), nos encontramos con que el resultado a efectos de pena aplicando una de las agravantes genéricas del art. 22 CP –por ejemplo, la 4ª en su vertiente de discriminación por razón de sexo– sería más gravoso que el actual al ser el mínimo aplicable de esta forma, necesariamente, de siete meses y medio de prisión (tres meses a un año de prisión en su mitad superior). Así, algunos autores apuntan a esta idea considerando que, para evitar los problemas derivados de la discriminación positiva en el Derecho Penal, hubiera sido aconsejable solventar la cuestión añadiendo la agravante genérica de obrar por motivos discriminatorios¹¹². El problema a este respecto estaría, en que las dificultades probatorias en cuanto a la concurrencia de dicha agravante terminarían restringiendo en exceso la aplicabilidad de los tipos de violencia de género.

Igualmente, es importante tener en cuenta que la introducción de los delitos de violencia de género excluye la posibilidad de recurrir a la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco como agravante, al entenderse que es inherente a la configuración

¹¹¹ Incluyendo la amenaza leve con armas y otros instrumentos peligrosos.

¹¹² M.A. BOLDOVA PASAMAR y M.A. RUEDA MARTÍN, «Consideraciones político criminales en torno a los delitos de violencia de género», cit., p. 30.

de estos tipos penales el hecho de que el sujeto activo pueda ser un familiar de la víctima¹¹³. Pero, de no existir la configuración actual de la violencia de género, podría aplicarse aquella, y además, a todos los delitos susceptibles de adquirir las notas características de aquel tipo de violencia.

Del análisis de las circunstancias que suelen rodear a los supuestos de violencia de género es fácil advertir que en los mismos suelen concurrir las circunstancias de parentesco, discriminación por razón de sexo, abuso de superioridad, ensañamiento e, incluso, otras. No obstante, las mismas no pueden ser aplicadas junto a los tipos delictivos de violencia de género, pues éstos ya contienen circunstancias específicas agravatorias que, por su configuración, excluyen a las genéricas (de parentesco y, en su caso¹¹⁴, de discriminación). En este sentido, se puede apreciar que las consecuencias a efectos de pena serían mucho más gravosas de poder aplicarse estas últimas. Así, conforme a las reglas del art. 66 CP, la concurrencia de tres circunstancias agravantes permite al juzgador subir la pena en un grado (art. 66.1.4ª)¹¹⁵.

Además de las posibilidades que confiere la redacción actual de las agravantes genéricas, una solución adecuada a las exigencias impuestas por la realidad de la violencia de género sería la de configurar una nueva agravante genérica. La misma, que podría denominarse “abuso de poder”, atendería al mayor injusto que presentan las conductas que reflejan el ejercicio de poder sobre la mujer por parte del hombre, es decir, su actuar encaminado a colocarse en una posición de superioridad física frente a la misma. Esta circunstancia genérica solventaría cualquier crítica que pudiera hacerse a la regulación actual de la violencia de género. En concreto, refiriéndome a las que he efectuado en el presente trabajo, aquella sería aplicable a todos los delitos en los que concurriesen las notas características de la violencia de género. Asimismo, no quedaría limitada su aplicación a los supuestos en que haya o hubiera habido una relación sentimental entre la víctima y el agresor. Y, además, la misma no impediría la

¹¹³ J. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA y J.M. MOYA CASTILLA, *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, cit., p. 85.

¹¹⁴ Si se acoge la tesis del doble fundamento: injusto y culpabilidad.

¹¹⁵ Así, conforme a la regulación actual de la violencia de género, el máximo de pena aplicable está en un año de prisión. En cambio, con mi propuesta relativa a la aplicación de las agravantes genéricas, concurriendo tres de ellas, la pena podría llegar hasta el año y medio de prisión.

operatividad del resto de circunstancias genéricas, como las de parentesco, discriminación por razón de sexo, en su caso abuso de superioridad, ensañamiento, etc.

La inclusión de una circunstancia genérica como la propuesta supondría la inevitable supresión de los tipos específicos de la LOPIVG.

7. Conclusiones finales

Tras todo el análisis precedente, conviene ultimar el presente trabajo apuntando conclusiones específicas a las que he llegado con la elaboración del mismo.

Primera. Como quedó reflejado en el apartado relativo a la evolución histórica, la preocupación, en mayor o menor medida, por la violencia entre quienes compartiesen vínculos familiares fue latente desde los primeros Códigos Penales españoles. Así, como resalté en su momento, ya desde 1850 se concedía una protección específica para la mujer víctima de violencia a manos de su marido. Por ello, pese a la respetable finalidad de la LOPIVG, la misma no es novedosa, ni en cuanto a la violencia de género, ni en lo relativo a la propia regulación de la misma.

Segunda. Con la regulación actual, las circunstancias que determinan la aplicación de los tipos delictivos de violencia de género son: 1) la existencia de un hombre en la posición del sujeto activo; 2) la condición de mujer del sujeto pasivo (en sentido amplio: también transexual); y 3) la unión entre ambos, mediante un vínculo sentimental, presente o pasado.

Tercera. Considero que el fundamento específico de los delitos de violencia de género es doble. Así, siguiendo a los autores referidos en el epígrafe relativo a esta cuestión, entiendo que las conductas constitutivas de aquel tipo de violencia presentan, respecto a otras comparables objetivamente, un mayor desvalor de lo injusto (concretado en el abuso de poder por parte del varón sobre la mujer) y un mayor desvalor de la culpabilidad (el ánimo de discriminar a la mujer por su sola condición de tal). Pese a ello, este último fundamento no se manifiesta expresamente ni en el tipo objetivo ni en el subjetivo, como si que ocurría en el Anteproyecto.

Cuarta. Como consecuencia de lo anterior, ha surgido un debate doctrinal y jurisprudencial sobre la posibilidad de aplicar automáticamente los preceptos afectados por la misma, el cual sigue abierto en la actualidad.

Quinta. No existiendo una línea jurisprudencial uniforme, en la medida en que es posible distinguir dos etapas en el Tribunal Supremo con argumentos contrapuestos, la situación actual a este respecto aporta una inseguridad jurídica que, siendo indeseable en cualquier materia, lo es más cuando infiere sobre un tema tan delicado como el que ha constituido el objeto del presente trabajo.

Sexta. Teniendo en cuenta lo expuesto, mi posición es coincidente con la línea jurisprudencial que rechaza el automatismo. Así, considero que la aplicación automática de los tipos de violencia de género vulnera el principio de presunción de inocencia, en la medida en que aquélla hace que opere directamente una presunción en sentido contrario.

Séptima. A la vista del alcance de la violencia de género en el Código Penal tras la reforma operada por la LOIVG, entiendo que la regulación conferida por la misma debió prever otros muchos supuestos que igualmente son manifestación de *la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*, como los ocasionados en el ámbito de las relaciones familiares y laborales.

Octava. Debido a que el machismo es una lacra social que ha de ser erradicada, considero que la solución a dicha realidad no está en configurar tipos específicos concretos para un reducido ámbito dentro de la violencia de género. Así, y teniendo claro que el fin del machismo es una cuestión que radica en la educación, el Derecho Penal debe intervenir de una forma que permita castigar severamente toda conducta que evidencie la pretensión del varón de someter a la mujer a su voluntad.

Por ello, considero que la forma de mejorar la aplicación práctica de la intencionalidad agravatoria de la LOIVG sería a través de la configuración de una agravante genérica de abuso de poder. Por esta vía se podría ampliar la visión penal de la violencia de género, al tiempo que se llegaría a soluciones mucho más justas.

8. Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, 1ª ed., Reus, Madrid, 2006.
- ACALE SÁNCHEZ M., «Análisis del Código Penal en materia de Violencia de Género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», en C. VILLACAMPA ESTIARTE (coord.), *Violencia de género y sistema de justicia penal*, Tirant lo Blach, Valencia, 2008.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., «El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP», en J.C. CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en derecho penal*. Tesis doctoral inédita. Universidad Autónoma de Madrid, 1972. En <http://hdl.handle.net/10486/4408> (último acceso: junio 2014).
- BOLDOVA PASAMAR, M.A. y RUEDA MARTÍN, M.A., «Consideraciones político criminales en torno a los delitos de violencia de género», en los mismos (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Madrid, 2006.
- BUGALLO SÁNCHEZ, J., *Responsabilidad atenuada de la delincuente menstruante*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935.
- FARALDO CABANA, P., «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Revista Penal*, 2006/17.
- FELIP I SABORIT, D., *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, J.M SILVA SÁNCHEZ (dir.), Atelier, Barcelona, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La mujer y el Código penal español», *Estudios de Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

- GÓMEZ DE MAYA, J., *Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española*. Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2011. En <http://hdl.handle.net/10803/38432> (último acceso: junio 2014).
- GONZÁLEZ RUS, J.J., «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», en J.C. CARBONELL MATEU y otros (coords.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ÍÑIGO CORROZA, E., «Aspectos penales de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre», en J. MUERZA ESPARZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de género. Aspectos Jurídico Penales, Procesales y Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2005.
- LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-08 (2005).
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., *Derecho Penal español. Parte especial*. F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962.
- QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983.
- RAMÓN RIBAS, E., *Violencia de género y violencia doméstica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- ROJAS MARCOS, L., *Las semillas de la violencia*, Espasa, Madrid, 1996.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J., y MOYA CASTILLA, J.M., *Violencia de Género. Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, 1ª ed., Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., FELIP I SABORIT, D., ROBLES PLANAS, R., y PASTOR MUÑOZ, N., «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura», *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, AGRA/DOMÍNGUEZ/GARCÍA/HEBBERECHT/RECASENS (eds.), Atelier, Barcelona, 2003.

SOTORRA CAMPODARVE, M.C., «Protección en el ámbito penal», en P. RIVAS VALLEJO y G.L. BARRIOS BAUDOR (directores), *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Aranzadi, Navarra, 2007.

TAMARIT SUMALIA, J.M., «Artículo 148», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 9ª ed., Navarra, 2011.

TAMARIT SUMALIA, J.M., «Artículo 153», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y F. MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 9ª ed., Navarra, 2011.

ZAPATER FERRER, J.J., *La circunstancia de desprecio de sexo en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, 1980.

9. Otros documentos jurídicos

Relación de sentencias:

- Sentencia del TC núm. 45/2009, de 19 de febrero
- Sentencia del TC núm. 95/2008, de 24 de julio
- Sentencia del TC núm. 59/2008, de 14 de mayo

- Sentencia del TS núm. 1376/2011, de 23 de diciembre
- Sentencia del TS núm. 807/2010, de 30 de septiembre
- Sentencia del TS núm. 703/2010, de 15 de julio
- Sentencia del TS núm. 1177/2009, de 24 noviembre
- Sentencia del TS núm. 654/2009, de 8 de junio
- Sentencia del TS, Sala de lo Penal (Sección 1ª), núm. 510/2009, de 12 de mayo
- Sentencia del TS núm. 58/2008, de 25 de enero
- Sentencia del TS núm. 793/2004, de 14 de julio
- Sentencia del TS núm. 224/2003, de 11 de febrero
- Sentencia del TS núm. 411/2000, de 13 de marzo
- Sentencia del TS, de 22 de diciembre de 1994
- Sentencia del TS, de 12 de noviembre de 1990

- Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife núm. 85/2014, de 5 de marzo
- Sentencia de la AP de Barcelona núm. 175/2014, de 12 de febrero
- Sentencia de la AP de Burgos (Sección 1ª) núm. 444/2012, de 2 octubre
- Sentencia de la AP de Murcia núm. 91/2012, de 30 de marzo
- Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife núm. 470/2011, de 16 de diciembre
- Sentencia de la AP de Murcia (Sección 3ª) núm. 125/2011, de 17 junio
- Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 8ª) núm. 414/2011 de 1 junio
- Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) núm. 92/2011, de 10 marzo
- Sentencia de la AP de Murcia núm. 140/2010 de 11 junio
- Sentencia de la AP de Castellón (Sección 2ª) núm. 212/2010, de 24 de mayo
- Sentencia de la AP de Murcia núm. 115/2010, de 14 de mayo
- Sentencia de la AP de Burgos núm. 48/2010, de 3 de marzo
- Sentencia de la AP de Guipúzcoa (Sección 1ª) núm. 15/2009, de 23 de enero
- Sentencia de la AP de Valencia núm. 451/2008, de 3 de diciembre

- Sentencia de la AP de Barcelona núm. 950/2007, de 31 de octubre
- Sentencia de la AP de Granada (Sección 2ª), de 9 de marzo de 2007
- Sentencia de la AP de Castellón (Sección 2ª), de 8 de marzo de 2007
- Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 20ª) núm. 246/2007 de 28 febrero
- Sentencia de la AP de Las Palmas núm. 76/2007, de 9 de febrero
- Sentencia de la AP de Albacete (Sección 2ª) núm. 60/2006, de 30 de octubre
- Sentencia de la AP de Alicante (Sección 1ª) núm. 111/2006, de 21 de febrero
- Sentencia de la AP de Córdoba (Sección 1ª) núm. 69/2006, de 9 de febrero
- Sentencia de la AP de Asturias (Sección 3ª) núm. 8/2006, de 23 de enero
- Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 5ª) núm. 919/05, de 29 de noviembre
- Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 8ª) núm. 1112/05, de 28 de octubre
- Sentencia de la AP de Vizcaya (Sección 6ª) núm. 30/2005, de 14 de enero

Otros:

- Auto del TS, de 31 de julio de 2013
- Auto del TS, de 11 de febrero de 1998
- Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
- Circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar